

USFQ LAW REVIEW

Volumen IX, Núm. 1 • julio 2022



USFQ LAW REVIEW
ISSN: 2631-2573 | ISSN(e): 1390-8014
https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview
http://lawreview.usfq.edu.ec
Quito, Ecuador

Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
DOI: http://doi.org/10.18272/ulr.v9i1

EQUIPO EDITORIAL

Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares ciegos (double-blind peer review).

PRODUCCIÓN EDITORIAL:

Corrección ortotipográfica: Octavio Peláez
Diseño general y de cubierta: Ricardo Vásquez
Webmaster: Jaime Páez



USFQ PRESS / *USFQ Law Review*
Att. Manuela Cárdenas Cifuentes y Paola Gaibor Arteaga, Editoras en Jefe
Universidad San Francisco de Quito (USFQ)
Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá
Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

Presentación de la revista

USFQ Law Review es una revista jurídica, académica, arbitrada e indexada, de publicación anual y con apertura autoral.

Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil, convirtiéndose en la primera publicación jurídica periódica de contenido jurídico en Ecuador que es íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes de pregrado. Desde sus inicios, la revista está conformada por estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Su objetivo es brindar un espacio para que expertos en diversas áreas del Derecho, como estudiantes, profesionales y académicos, publiquen trabajos de investigación jurídica en los que se planteen distintas perspectivas y opiniones críticas, sobre temas jurídicos de actual relevancia. Además, busca ser una fuente de investigación por su contenido de alto nivel académico y elevar la calidad de discusión jurídica en Ecuador y en toda la región, respondiendo a las necesidades de la comunidad jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. La revista tiene dos números al año, que se publican en los meses de junio y octubre, en versión impresa y digital. A la fecha se han publicado ocho volúmenes en diez números.

Actualmente, *USFQ Law Review* forma parte de varias indexaciones, catálogos, servicios de información y bases de datos, entre ellos: Latindex (Catálogo 2.0); Latindex (Directorio); ISSN Portal; Crossref; ROAD; DOAJ; MIAR; REBID; Sherpa Romeo; Aura–AmeliCA; CORE; Internet Archive; I2OR; Scientific Indexing Services; y, Google Scholar. Adicionalmente, está asociada a instituciones como: Latinoamericana; RELAREDI; LatinREV; Declaración de México (Acceso Abierto); y, Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA).

Una de sus prioridades es brindar libre acceso a sus contenidos y dar el mayor alcance a los productos científicos de los autores que han depositado su confianza en la revista. Por esta razón, mantiene una política de apertura autoral, todos sus contenidos se difunden bajo política de Acceso Abierto (Open Access) y están publicados bajo la política de acceso libre de las licencias Creative Commons, que fomentan el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Estos contenidos se encuentran disponibles en diversidad de medios digitales y físicos. En cuanto a los digitales, se accede a ellos mediante: Archivo OJS; Biblioteca USFQ; LEXIS; Corporación de Estudios y Publicaciones – CEP; vLex; Academia.edu; SSRN; y, Mendeley. Respecto al acceso físico, anualmente se imprimen y difunden a nivel nacional e internacional 175 ejemplares que son distribuidos a instituciones públicas y privadas.

La revista recibe asistencia técnica de la institución editora, la Universidad San Francisco de Quito, a través de su departamento editorial USFQ Press. Adicionalmente, se financia mediante el apoyo de patrocinadores, quienes contribuyen activa y continuamente. Finalmente, cuenta con el respaldo público de alianzas institucionales.

Para más información acerca de la estructura orgánica, políticas, información al autor, y proceso editorial, invitamos a visitar nuestro sitio web oficial, redes académicas, profesionales y sociales; y, a contactarnos mediante nuestro correo electrónico.

Sitio web: https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview

Equipo Editorial
USFQ Law Review
Universidad San Francisco de Quito

Presentación de este número

A nombre del Equipo Editorial, tenemos el agrado de presentar a nuestros lectores el primer número del Volumen IX de *USFQ Law Review.* Este Volumen refleja los ideales que inspiraron la creación de la revista hace ocho años y aquellos por los que se continúa trabajando: ser fuente de consulta por su contenido de alto nivel académico y fomentar la discusión jurídica en Ecuador y en toda la región.

El primer número del Volumen IX de la revista se compone de nueve artículos académicos. Cada uno de ellos ha sido sometido a un arduo y minucioso proceso editorial, por parte del Comité Editorial y por Revisores Pares Externos. Este número tiene artículos muy diversos, que tienen como finalidad traer a la luz y resolver problemas jurídicos en varias áreas del Derecho.

En su artículo, Camila Arias, Laura López y David Proaño realizan un análisis acerca de la posibilidad de aplicar las causas de justificación de la antijuridicidad penal como antecedentes para la aplicación de eximentes de responsabilidad civil. Este trabajo supone un interesante encuentro entre las teorías del Derecho penal y el Derecho de daños.

En los últimos meses, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha actualizado la regulación de sociedades. Tomando como partida las innovaciones introducidas, Martín Urbano realiza un análisis de la aplicación de nuevas figuras en sociedades tradicionales. En este mismo campo, Paúl Noboa se enfoca en el proceso para la implementación del blockchain en el ordenamiento, a la vez que resalta los beneficios que esto traería.

Adentrándose en la teoría del Derecho societario, Juan Navas hace un análisis de derecho comparado acerca de la normativa para regular el abuso por parte de socios mayoritarios de transacciones entre partes relacionadas, de esta forma, su artículo determina qué mecanismo es más idóneo en el contexto ecuatoriano. Por otro lado, José Salvador ensaya sobre la posibilidad de que la norma que limita la responsabilidad de los accionistas en la S.A.S. se considere violatoria al principio de intangibilidad de los Derechos Laborales consagrado en el ordenamiento ecuatoriano. Por su parte, Mateo Landívar analiza la necesidad y forma de implementación de un marco de enforcement societario en Ecuador.

Respecto de la nueva Ley de Sostenibilidad Fiscal, Felipe Castro y Santiago Cisneros examinan la posibilidad de arbitrar en materia tributaria. Para ello, su trabajo estudia la arbitrabilidad objetiva y la posibilidad de transigir en materia de Derecho público.

Mariela Camacho realiza un interesante estudio sobre el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos cuando un predio se adquiere por sucesión. Su artículo analiza los efectos de que quien adquiere el predio subrogue al causante en sus derechos.

Finalmente, el artículo de Patricio Sáez indaga sobre los orígenes de la equidad natural para determinar la forma en que Andrés Bello previó que fuera utilizada esta potestad del juzgador. Este trabajo propone entonces lineamientos para la aplicación de la figura de la equidad natural en la actualidad.

Para USFQ Law Review es un privilegio y honor contar con autores de excelencia, que han depositado su confianza en nuestra revista para plasmar sus ideas y difundirlas. Además, este número es producto del arduo trabajo de nuestro Comité Editorial, que estamos seguros continuará trabajando para implusar la academia ecuatoriana. Asimismo, agradecemos el tiempo y dedicación de nuestros revisores externos en la revisión de los artículos de este primer número.

Este trabajo no sería posible sin el apoyo de nuestros patrocinadores que apuestan por la revista debido a su calidad. Con su aporte, fomentan el desarrollo de la investigación en materia de Derecho. Por último, reconocemos la importante labor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, el cual genera espacios de discusión jurídica e impulsa a sus estudiantes a involucrarse en proyectos académicos y de USFQ Press, nuestra casa editorial, que hace posible la materialización y difusión de nuestros contenidos.

A nombre del Equipo Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes números de USFQ Law Review y esperamos que el presente sea de su agrado.

Quito, junio de 2022

Kenny Jossue Espín Duque
Editor en Jefe

María Paz Vela Sevilla
Editora en Jefe

Índice

USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Las causas de justificación de la antijuricidad penal como antecedente de aplicación de los eximentes de responsabilidad civil

The causes of justification of criminal unlawfulness as a background for the application of defenses of civil liability

Camila Alejandra Arias Trujillo*
Laura Elizabeth López Lagua**
David Eduardo Proaño Alcívar***

Recibido / Received: 31/03/2022
Aceptado / Accepted: 18/05/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2447

Citación:
Arias Trujillo, C., López Lagua , l.E., Proaño Alcívar, D.E. «Las causas de justificación de la antijuricidad penal como antecedente de aplicación de los eximentes de responsabilidad civil». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1,* julio de 2022, pp. 1-14, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2447

* Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: camila.at2195@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-6383-7033

** Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: llopez@lexvalor.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-1032-8539

*** Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-2828-5090

Resumen

Las causales de justificación de la antijuridicidad penal no son reconocidas de forma expresa en el ámbito civil, creando la posibilidad de demandar por esta última vía a una persona absuelta de un delito que ha ocasionado daños. Ante este supuesto, es necesario establecer una línea de defensa en materia civil para aquel cuya inocencia haya sido ratificada en el ámbito penal. Esto se podría lograr con la aplicación de los eximentes de responsabilidad reconocidos en el Derecho de Daños, frente a aquellos casos que hayan sido justificados en el ámbito penal por medio de la legítima defensa, el estado de necesidad, el mandato de ley, la orden de autoridad y el consentimiento del titular del bien jurídico protegido. Esto con el fin de lograr la total exención de responsabilidad, tanto civil como penal.

Palabras Clave

Culpa de la víctima; fuerza mayor; caso fortuito; antijuridicidad; responsabilidad

Abstract:

The grounds for justifying criminal illegality are not expressly recognized in the civil sphere, creating the possibility of suing a person who has been acquitted of a crime that has caused damage through the latter route. Given this assumption, it is necessary to establish a line of defense in civil matters for those whose innocence has been ratified in criminal matters. This could be achieved with the application of exemptions from liability recognized in the Law of Damages, against those cases that have been justified in the criminal field through legitimate defense, the state of necessity, the mandate of law, the order of authority and the consent of the owner of the protected legal asset. In order to achieve total exemption from liability, both civil and criminal.

Keywords

Guilt of the victim; force majeure; case of chance; unlawfulness; liability

1. Introducción

El presente trabajo pretende hacer una correspondencia entre las causales de antijuridicidad del derecho penal con los eximentes de responsabilidad del derecho civil, con el fin de crear una línea de defensa frente a un juez civil después de haber obtenido una sentencia penal que ratifique la inocencia del individuo. Es posible entender a los eximentes como "circunstancias que hacen que o bien un hecho constitutivo de delito o falta no se sancione o bien que al sujeto que realice la acción no se le pueda atribuir la culpabilidad de este y por ello el acto pase a estar justificado"[1]. Es decir, son circunstancias particulares que pueden justificar el carácter antijurídico o de culpabilidad de un delito.

Si se llega a justificar el elemento antijurídico, la conducta –a pesar de estar prescrita en un tipo penal– carece de los requisitos necesarios para catalogarse como un delito punible ante los ojos de la ley. Por esto, surge la presente discusión. Si penalmente no se castiga un comportamiento, tampoco debería ser imputable de responsabilidad en el ámbito civil si –dentro del marco de un juicio– se aplican los eximentes de la responsabilidad. Estos últimos son presupuestos de hechos concretos y específicos[2] que también se configuran en las causales de antijuridicidad.

Es verdad que existe una aceptación general en la doctrina y en la jurisprudencia de que determinadas causales de justificación penal están también reconocidas en el ámbito civil, siendo el más claro ejemplo la legítima defensa.[3] Sin embargo, este reconocimiento no es completo ni abarca a todos los posibles escenarios. Además, una sentencia penal sólo será vinculante para un juez civil si esta determinara que los presuntos hechos nunca ocurrieron. En el caso contrario, el juez civil aún podría emitir una sentencia, ignorando la justificación declarada en el ámbito penal.[4]

Por lo que, ya sea porque el caso en concreto no encaja en los supuestos generalmente aceptados, debido a que el juez civil ignora la justificación penal o, de ser el caso, que en una jurisdicción en particular no se reconozcan las causales de justificación penal en el ámbito civil, el abogado aún debe tener una línea de defensa ante el juez de lo civil, posterior a la justificación declarada en una instancia penal.

---

1 Paloma González Martín, *Causas eximentes de la responsabilidad criminal: especial referencia a las anomalías y alteraciones psíquicas,* Tesis de grado Universidad de Alcalá. 2019, 8-9.

2 Jorge A. Mayo, "Las eximentes en relación con los presupuestos: eximente y autoría, eximente y antijuridicidad, eximente y relación de causalidad. La 'no culpa' como eximente", *Revista de Derecho de Daños,* No. 1 (Enero 2006): 111-135, https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-analiticas.pl?id2=28956.

3 Mario Clemente Meoro, "*Derecho de Daños",* (Tirant lo Blanch, 1ra. Edición. Noviembre 2021): párr. 4.1. https://libreria.tirant.com/es/detalle?new=73&articulo=9788413970226

4 Ibid., 5.2.

Es con base en lo antes dicho que, en el presente trabajo, se compararán los eximentes del Derecho de Daños con las causales de justificación de la antijuridicidad penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La legítima defensa será comparada con el hecho de la víctima, el estado de necesidad con la fuerza mayor, el mandato de ley y la orden de autoridad con el caso fortuito, y el consentimiento de la víctima con la asunción del riesgo y como consecuencia del hecho de la víctima.

2. Legítima defensa

La legítima defensa como eximente de responsabilidad penal consiste en la repulsión o rechazo de una agresión actual e ilegítima, por un medio proporcional a la agresión recibida y sin que haya existido una provocación previa.[5] La actuación del defensor para repeler el ataque genera un daño al primer agente que interviene, es decir, quien dio origen a la agresión. Esta defensa puede ejercerse para precautelar diferentes bienes jurídicos, como la vida o la integridad física de quien se defiende o de un tercero agredido. Para que una persona pueda invocar esta causal se requiere que se configuren varios requisitos. Si no se cumplen estos requisitos se estaría frente a un supuesto de exceso de legítima defensa, en cuyo caso, no es posible justificar su conducta.

Los requisitos de la legítima defensa son: (i) que exista una agresión real, objetivamente comprobable y que no pueda deberse únicamente a la percepción del que pretende ejercer la defensa; (ii) debe ser actual, es decir, que exista una continuidad entre el ataque y la defensa. No es posible alegar esta causal frente a un evento pasado que ya se consumó; (iii) ilegitimidad, es decir, que el individuo no está jurídicamente obligado a soportarla, como sí lo pueden estar en los casos en que actúa la fuerza pública; (iv) necesidad de la defensa, lo que significa que no hay otra opción para evitar la agresión; y (v) falta de provocación previa por parte del defendido, esto significaría que no exista un acto que induzca el ánimo de agredir.[6]

Si en un caso en concreto se verifican todos los requisitos antes expuestos, se justifica la antijuridicidad de la conducta en el ámbito penal. En este supuesto además se genera un daño al primer agresor[7]. La existencia de esta causal, así como su consecuencia, se sustentan en la protección de bienes a los que el derecho otorga un valor fundamental, como es el caso de la vida, siendo la defensa legítima el único medio para salvaguardar los bienes jurídicos protegidos frente a un agresor.

5 Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales, 2016), 158.
6 Samuel Montaño Sala, "*Estudio jurídico de la legítima defensa*" (tesis de grado, Universidad Autónoma del Estado de México, 2019), 40-48.
7 George P. Fletcher et al., *En defensa propia: sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1992), 167.

Un caso de legítima defensa en derecho penal conlleva una respuesta al actuar ilegítimo de un tercero, lo cual se asemeja al eximente de responsabilidad civil conocido como el hecho de la víctima. Este consiste en "uno de los supuestos de causa ajena que determina la ausencia total o parcial de relación de causalidad entre el hecho imputado al demandado y el daño de cuya reparación se trata",[8] debido a la acción de la víctima en la producción del daño que lo lesionó.[9]. En otras palabras, por medio del hecho de la víctima, se excluye la responsabilidad porque el afectado se expuso al daño de forma voluntaria. En el ámbito civil, si la víctima del daño es quien provoca la situación que le produce un detrimento, debe ser esta la que soporte las consecuencias, sean totales o parciales[10], indistintamente de la existencia de culpa o dolo por parte de la víctima o afectado[11].

Es importante puntualizar que cuando la responsabilidad de la víctima es total, se puede dictaminar la existencia de un eximente en estricto sentido. En cambio, cuando la culpa de la víctima es parcial, únicamente hay una razón para la disminución de la indemnización, que debe establecer el juez. Por ello, al menos para efectos de la comparación que se efectúa en este artículo, se deberá entender la culpa de la víctima de forma total y no parcial._

Una vez explicados los conceptos es importante puntualizar las semejanzas, puesto que, tanto la legítima defensa como el hecho de la víctima, presuponen el actuar de un tercero, la producción de un daño y la exposición voluntaria a dicha situación por parte del agresor primario, quien se convertiría en el actor en el ámbito civil, ya que fue este quien inició la serie de eventos que justificaron una defensa para salvaguardar bienes jurídicos protegidos, cuyo resultado es un daño que sufre y soporta dicho agresor primario.

Es evidente que en un caso de legítima defensa en el cual concurran todos los supuestos mencionados en párrafos anteriores, el que sufre el daño ulterior como producto del rechazo del primer ataque debe asumir las consecuencias, debido a que fue este el que inició el conjunto de eventos que generó el daño que pretendería reclamar en el ámbito civil. Esta persona se ha expuesto voluntariamente al daño al tratar de causar lesión a un bien jurídico protegido perteneciente a otra persona y, por lo tanto, es su responsabilidad asumir los daños que sufrió por sus propios actos.

El ejemplo que puede mostrar con claridad esta situación es el delito de lesiones, en el cual una persona ataca a otra y termina sufriendo un detrimento

8 Félix Alberto Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil: el derecho de daños en la actualidad, teoría y práctica.* (Buenos Aires: La Ley, 2004), 50.

9 Ramón Daniel Pizarro, "La ausencia de riesgo como eximente de responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", *Revista de Derecho Privado,* No. 20, (Enero 2006): 50, https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=27936.

10 Ibid.

11 Carlos Alfredo Hernández, "Las eximentes de responsabilidad en los proyectos de reformas al Código Civil", *Revista de Derecho de Daños,* No. 1. (Mayo 2006): 253, https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-analiticas.pl?id2=28956.

en su integridad física a consecuencia de la reacción por parte de la segunda persona quien repelió la agresión de manera proporcional. Queda claro que, en este ejemplo, es el provocador quien genera la situación que induce al daño y no aquel que se defiende a manera de respuesta. Por lo tanto, una persona declarada inocente en virtud del eximente de legítima defensa, puede ser eximida de toda responsabilidad civil, ya que el daño fue ocasionado por un hecho perpetrado por la propia víctima.

3. Estado de necesidad justificante

Ernesto Albán Gómez, académico y reconocido jurista en el ámbito penal ecuatoriano, define al estado de necesidad como aquella "situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la lesión de otro bien jurídico"[12]. En este sentido, se puede afirmar que el fundamento de esta causal de justificación de la antijuridicidad es el precautelar un bien jurídico de mayor jerarquía en detrimento de uno de menor importancia, causando un daño efectivo a este último.

En el ámbito penal, el estado de necesidad para ser un eximente de responsabilidad penal debe cumplir ciertos requisitos, entre los que están: la necesidad de evitar un mal o peligro real, actual o inminente; que la situación apremiante no sea causada por quien perpetra la acción dañosa; que el agente no deba estar obligado a soportar dicho daño. También, es necesario que el mal evitado sea mayor que el causado, debido a que un daño desproporcional desvirtuaría esta causal de justificación de la antijuridicidad, tal como se mencionó en el caso de la legítima defensa. Finalmente, el último requisito es que no haya otro medio practicable y menos perjudicial, racionalmente determinado, para evitar el daño del bien jurídico de mayor jerarquía que se busca precautelar.[13]

En el ámbito civil, la fuerza mayor es un eximente de responsabilidad civil que consiste en un hecho irresistible e imprevisible. Una circunstancia inesperada que –en caso de ocurrir– pone en peligro o lesiona un bien jurídico. Es importante puntualizar que esta fuerza irresistible es un factor objetivo de justificación y no una exclusión subjetiva de la culpabilidad. Como existe una afectación, en principio el acto sería ilícito, pero ese comportamiento estaría justificado por no haber podido actuar de otra forma.[14] La fuerza mayor como eximente de responsabilidad civil tiene un origen y una consecuencia irresistible, ajena a la persona que causa el daño. Gracias a esta figura la persona se encontraría eximida de la responsabilidad.

12 Albán, *Manual de Derecho Penal,* 171.
13 Albán, *Manual de Derecho Penal,* 173-174.
14 Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civi*l, *Tomo III.* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, primera edición, 2006),90.

Si bien el estado de necesidad tiene como consecuencia la inexistencia de la infracción penal, eso no quita que un individuo soportó un determinado perjuicio y que, por este motivo, estaría facultado a presentar una acción de indemnización civil. La persona, cuya inocencia fue ratificada en el ámbito penal, podría ejercer su defensa dentro de esta acción civil mediante la aplicación de la fuerza mayor,[15] por su parecido con los supuestos del estado de necesidad.

Dentro de la valoración del comportamiento subjetivo es evidente que si una persona se encuentra en una circunstancia que le obligue a priorizar un bien jurídico de mayor jerarquía –como la vida– por sobre uno de menor –como la propiedad–; el estado de necesidad que la persona atraviesa generaría una conducta que, si bien genera un daño efectivo, este estaría justificado por la inevitabilidad del hecho, es decir, por la falta de otro medio por el cual superar el suceso frente al cual se encuentra.

En caso de existir un estado de necesidad justificante, quien soportó la conducta no debería poder reclamar indemnización civil alguna, puesto que no había otra forma de actuar, pues la situación fue irresistible para aquel que generó el daño. Al entender que esta actuación por necesidad no provee un beneficio individual, el propietario del bien afectado deberá, por sí mismo, soportar el daño sin tener derecho a solicitar una indemnización.[16] Este presupuesto está basado en la equidad. El autor del daño en sí mismo no dispone ningún enriquecimiento y, por lo tanto, la obligación de indemnizar no tendría un fundamento válido.

Un claro ejemplo de una situación en la que coadyuvan estos eximentes puede ser un hurto famélico,[17] en el cual una persona ingresa a una tienda para robar comida por una necesidad extrema de supervivencia. Aquí se evidencia claramente que existe una responsabilidad penal por los alimentos obtenidos de manera ilícita y una civil por el perjuicio causado al dueño del establecimiento por los artículos que fueron sustraídos. Si se toma en cuenta que los derechos que se contraponen son, por un lado, la vida de la persona que comete el delito de hurto, que está a punto de morir de hambre, y la propiedad del dueño de la tienda; es evidente que hay un estado de necesidad que justifica el hurto por el derecho jerárquicamente superior. Dentro del ámbito civil, el hambre y la necesidad pueden ser considerados como fuerza mayor, debido a su irre-

15 Ibid, 100.

16 Ibid., 176.

17 "Por hurto famélico se entiende el realizado por un indigente para aplacar su hambre o cubrir su desnudez": Julián Pereda, "El hurto famélico o necesario", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, No. 17. (Enero 1964): 9, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2782183.pdf.

El ejemplo típico de esta clase de hurto es el protagonizado en el s. xix por Luisa Ménard. Sin otros recursos que dos kilos de pan y dos libras de carne, que le entregaba para la semana la beneficencia en Charly para ella, su madre y su hijo. Sin trabajo ni dinero y después de 36 horas en las que ni ella ni su madre habían tomado ningún alimento, habiendo dejado al niño unas gotas de leche que había en la casa, sustrajo de casa de un pariente un pan que comieron inmediatamente. Ana Fernández Asperilla, "Franquismo, delincuencia, y cambio social", *Espacio, Tiempo y Forma*, No. 5. (Enero 2005): 298, https://doi.org/10.5944/etfv.17.2005.3115.

sistibilidad y, por lo tanto, su actuar está justificado. De esta manera se podría eximir su responsabilidad civil de indemnizar el perjuicio causado y se tendrá que soportar el daño por los bienes hurtados, de primera necesidad.

4. Mandato de ley

Otra causal de exclusión de responsabilidad en materia penal es el mandato de ley, mismo que ha sido entendido como aquella imposición establecida por el ordenamiento jurídico a los sujetos en forma de deber legal[18]. Esto porque carece de sentido que el legislador condene un acto que al mismo tiempo ordena o permite[19]. Desde el punto de vista penal, exime de responsabilidad debido a que la conducta, pese a estar tipificada como delito, no se va en contra del ordenamiento jurídico[20] y, por lo mismo, no puede ser reprochada y sancionada en un juicio.[21]

Para que exista mandato de ley se debe configurar uno de los siguientes presupuestos: (i) que la ley ordene directa y expresamente la realización del acto; (ii) que la ley imponga un deber de tal naturaleza que no pueda ser cumplido sino a través de actos tipificados como delitos; o (iii) que la ley permita la realización de actos típicos en el ejercicio de una profesión, arte u oficio.[22]

El ámbito civil no recoge esta figura de forma expresa. Sin embargo, esta se asemeja al caso fortuito, el cual es un eximente de responsabilidad civil y, por lo tanto, excluye la posibilidad de exigir una indemnización al sujeto que ocasionó el daño. El caso fortuito, aunque muchas veces confundido con la fuerza mayor, se refiere a aquellos sucesos que "si bien [son] irresistible[s], proviene[n] de la estructura de la actividad de aquel" y no exigen "absoluta imprevisibilidad de su ocurrencia, pues requiere[n] que no se haya previsto en el caso concreto"[23]. Es decir, son aquellos actos irresistibles, sin perjuicio de que puedan ser predecibles.

Bajo este razonamiento, el mandato de la ley sería esta circunstancia previsible o imprevisible, pero que en todos los casos es irresistible y estaría justificada en base al principio de obediencia de la ley. Por ello, de resultar un daño patrimonial o extrapatrimonial de una conducta dañosa que está justificada por ley, dicho individuo podría alegar a su favor un eximente de responsabilidad civil, puesto que su conducta corresponde a una actividad lícita. En este punto

18 Jaime Sandoval Fernández, "Causales de ausencia de responsabilidad penal", *Revista de Derecho,* No. 19. (Junio 2011): 17, https://www.redalyc.org/pdf/851/85101901.pdf.
19 Albán, *Manual de Derecho Penal,* 177.
20 Sandoval, "Causales de ausencia de responsabilidad", 16.
21 Hernando Barreto Ardila y Blanca Barreto Ardila, "Dolo, culpa y preterintención ¿formas de culpabilidad?", *Díkaion: revista de actualidad jurídica,* No. 6. (Enero 1997): 13, https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/255.
22 Albán, *Manual de Derecho Penal,* 178.
23 Héctor Patiño, "Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual", *Revista de Derecho de Daños,* No. 1. (Enero 2011): 385, https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537594013.pdf.

parece contradictorio que, por una parte, se condene la generación de daño y, por otra, se admita la ejecución de un acto lesivo en contra de terceros. Sin embargo, existen varios ejemplos a través de la historia en los cuales los distintos ordenamientos jurídicos han amparado situaciones en las cuales los daños efectuados son completamente legítimos.

El ejemplo más cercano es aquel de la expropiación. La propiedad es un derecho otorgado por el ordenamiento constitucional. No obstante, las autoridades pertinentes están autorizadas para privar de este derecho a los ciudadanos, siempre que se otorgue una indemnización razonable a cambio. En este caso en específico, se observa que existe una indemnización al damnificado. No obstante, lo que lo posiciona en el terreno de la exclusión de la responsabilidad civil es el hecho de que esta indemnización no es cuantificada por el damnificado a través de la interposición de una demanda.

5. Orden de autoridad

La orden de autoridad competente, como eximente de responsabilidad penal, consiste en la vulneración de un derecho en virtud del cumplimiento de un deber. Se trata de un acto dictado de manera definitiva por una autoridad competente. De la misma forma que en los casos ya estudiados, existen algunos requisitos para su consideración, entre los cuales se encuentran: (i) la existencia de una relación jerárquicamente superior y de orden público, en donde ninguna otra relación podría ser considerada; (ii) la orden debe ser dada dentro de las atribuciones legítimas del superior; y, finalmente, (iii) debe ser expedida y comunicada cumpliendo con las formalidades legales, previstas en la misma ley que irroga las competencias anteriormente mencionadas.[24]

Carlos Coronado ha explicado la discusión de manera concreta y establece que "[c]uando una persona obra en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, que deriva por causas ajenas a su voluntad, en la consumación de una conducta punible, no resultaría proporcional ni justo, que este sujeto fuera objeto de una pena, pues […] cumple una obligación impuesta por un superior (en caso de no acatarla se haría acreedor a una sanción)".[25] Quien se encuentra en una posición jerárquicamente inferior puede resultar obligado a acatar una orden que cause un perjuicio a un tercero, y es por esto que el ordenamiento jurídico ha considerado factible la exención de responsabilidad, debido a que la misma recae sobre el superior que ha dictado la orden.

24 Albán, *Manual de Derecho Penal,* 178.
25 Carlos Fabián Coronado López, "El eximente de responsabilidad 'en cumplimiento de orden legitima de autoridad competente' en la justicia penal militar", *Derecho y Realidad*, no. 14. (Junio 2009): 23, https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4997/4071.

Montés Penadés considera caso fortuito a aquellos actos y decisiones provenientes de poderes públicos[26] que no deriven de la inobservancia de una norma por parte del afectado. El caso fortuito como eximente de responsabilidad civil es un hecho que, si bien puede ser previsible, es irresistible. Este se produce por el actuar humano que termina produciendo un daño que no acarrea responsabilidad por parte de un tercero.

La orden de autoridad en el derecho penal puede ser asimilada al eximente de responsabilidad civil de caso fortuito que, como se mencionó, es predecible pero irresistible. Un caso fortuito con previsión y diligencia necesaria, pero cuya irresistibilidad es inminente, tomando en consideración que una orden directa de una persona jerárquicamente superior podría traer consecuencias lesivas al exigir un inmediato cumplimiento.

La inexistencia de causas que permitan atribuir las consecuencias de la acción del subordinado produce una imposibilidad jurídica de atribuir tanto responsabilidad civil como penal. En otras palabras, se configura un obstáculo de derecho que impide que una persona pueda pasar por alto o no obedezca una orden directa de su superior o con quien guarda una relación de dependencia y que, además, es autoridad legítima. Esto provoca una coacción irresistible, ya que de no cumplirla podría sufrir una sanción.

Un posible ejemplo podría ser una detención ilegal en la cual un general del ejército ordena a un cabo detener a una persona por ser parte de las labores encomendadas a la unidad. El cabo, en este caso, está obligado a cumplir con lo ordenado so pena de sanción por parte de su superior. La responsabilidad en el ámbito penal sería eximida porque su actuar estuvo motivado por la orden de una autoridad legítima y no por voluntad propia. Asimismo, por encontrarse en una posición de subordinación, no podría ser responsable del ilícito cometido dentro de la esfera civil, ya que la orden del general corresponde a un caso fortuito. La orden pudo ser predecible, pero su cumplimiento era irresistible debido a la subordinación a la que se encontraba sometido. Se cumplen, por lo tanto, los presupuestos para eximir la responsabilidad civil de indemnizar al afectado.

6. Consentimiento del titular del bien jurídico protegido

El consentimiento del titular como un eximente de la responsabilidad penal ha sido definido por Orgaz como aquella "causa de justificación de un acto formalmente lícito" que tiene como consecuencia la impunidad del agente. Es importante mencionar que su alcance en materia penal está limitado por

26 Jorge Jiménez Bolaños, "Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual", *Revista de Ciencias Jurídicas,* No. 123. (Septiembre 2010): 86. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13509.

el interés público, puesto que no procedería en virtud de los derechos que no son susceptibles de disposición.[27] Ranieri ha calificado al consentimiento del titular como "aquella manifestación de voluntad mediante la cual quien es capaz de actuar renuncia a su interés jurídicamente protegido del que válidamente puede disponer"[28] . Esto significa que la infracción penal no se configura, debido a que ha existido esta manifestación de voluntad por parte de quien ostenta un determinado derecho.

En el ordenamiento ecuatoriano se excluye la figura del consentimiento de la víctima en delitos sobre la trata de personas y distintas formas de explotación. Asimismo, se ha determinado que el consentimiento de la víctima menor de edad en casos de delitos sexuales será irrelevante. La capacidad del sujeto será, por lo tanto, vital al momento de analizar una causa penal específica y determinar si existe o no una causal de justificación para la infracción penal.

Doctrinariamente, se puede asimilar la figura del consentimiento del titular en el ámbito penal al hecho de la víctima como eximente de responsabilidad en el ámbito civil. Sobre este punto, se debe entender que dicho eximente abarca la asunción o aceptación del riesgo de determinada conducta. Así, se entiende que la "víctima ha aceptado libremente correr los riesgos que supone una cosa peligrosa"[29] y, por lo mismo, no podría beneficiarse de sus propios actos para exigir un resarcimiento por parte de un tercero.

En cuanto a la asunción del riesgo, existe disquisición acerca de cuál es su naturaleza jurídica y cuáles serían los efectos de dicha calificación. Así, según Mosset Iturraspe, puede entendérsela como un verdadero eximente de responsabilidad, como una causal de inversión de la carga probatoria, o como un elemento que pone al dañado o damnificado en la "necesidad de probar la culpa del autor".[30] Sin embargo, si se analizan los elementos de la responsabilidad civil, que son el daño, la existencia de un hecho antijurídico, un nexo causal y un elemento subjetivo; la tesis que parece más precisa es si es un verdadero eximente de la responsabilidad. La asunción del riesgo, como concuerdan Pizarro y Vallespinos, interrumpe el nexo causal.[31] La tesis que la entiende como un eximente es la única que corta dicho nexo, ya que al asumir el riesgo no existe una causa que permita imputar su indemnización al responsable del ilícito. La imputación se estructura únicamente tras descubrirse el nexo causal[32].

27 Martha Lucía Zamora Ávila, "Tratamiento Jurídico-Penal de la Puesta en Peligro de la Víctima con su Consentimiento", *Derecho Penal y Criminología*, no. 13. (Agosto 1991): 40, https://heinonline-org.ezbiblio.usfq.edu.ec/HOL/P?h=hein.journals/dpencrim13&i=269.

28 Enrique Bacigalupo Zapater, "El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física", *Revista Poder Judicial, Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del C.P.-.* No. 11. (Abril 1990): 40, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=84221.

29 Enrique C. Müller, "La aceptación o asunción del riesgo o peligro como eximente. Supuestos discutidos. El turismo aventura. Las prácticas deportivas. Otra hipótesis", *Revista de Derecho de Daños,* No. 2. (Junio 2006): 134, https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=30119.

30 Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños: Eximentes.* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998), 135.

31 Pizarro, "La ausencia de riesgo", 131.

32 Patiño, "Las causales exonerativas", 375.

En cuanto a las demás posturas, éstas se limitan a recoger una carga formal distinta con respecto a la prueba que no nos dice nada sobre la ausencia de un elemento de la responsabilidad civil.

La conducta de la víctima –o del damnificado– puede suponer la causa exclusiva o una concausa del daño[33] y para que el eximente sea efectivo para hacer improcedente la declaratoria de responsabilidad existen requisitos necesarios para su configuración. Estos son: (i) que exista una incidencia causal en la producción del resultado, y (ii) que exista un elemento subjetivo de culpa que provoque la "ruptura del nexo causal".[34]

La aceptación de riesgos, definida como aquel "consentimiento tácito que la víctima parece prestar en todos aquellos supuestos en que, con pleno conocimiento, asume el riesgo de sufrir un daño […] por la cual aquella renuncia por anticipado a reclamar eventualmente una indemnización por los perjuicios que así pueda sufrir",[35] también se encuentra circunscrita sobre la base de dos lineamientos importantes: (i) que la aceptación del riesgo provenga de una decisión libre, y(ii) que dicha aceptación se refiera a un riesgo concreto, al contrario de una idea difusa de peligro.[36] No siendo esto suficiente, algunos doctrinarios añaden una calificación del riesgo en la que se distinguen aquellos:

> "[R]iesgos en normales y anormales o extraordinarios: en el caso de los riesgos normales de la vida no se puede hablar de culpa de la víctima (cabe tener en cuenta que la vida actual es peligrosa o riesgosa). El análisis de los casos para precisar el grado de voluntariedad y de libertad en el obrar: no es lo mismo 'conocer' la posible dañosidad de una conducta que 'aceptar' el perjuicio que de ella se sigue; hay comportamientos que no pueden ser evitados, aunque peligrosos".[37]

Un ejemplo de esto son las actividades deportivas que tienen en sí un determinado riesgo asumido por los atletas, en virtud de que este representa un riesgo normal de la práctica deportiva. Por ejemplo, un futbolista asumirá el peligro de que en un partido puede salir lesionado o un boxeador de recibir golpes que quizá desvíen su tabique. Dentro de la disciplina de artes marciales mixtas *Ultimate Fighting Championship* (UFC), los deportistas que deciden participar de los campeonatos están obligados a firmar un contrato de Asunción de Riesgo y Exoneración de Responsabilidad según el cual se comprometen a aceptar todos los riesgos que podrían derivarse de su intervención. En este caso, si un peleador, lastimosamente, pierde su vida durante la pelea, sus su-

33 Müller, "La aceptación o asunción", 133.
34 Ibid.
35 Félix Trigo Represas, "La noción de las 'eximentes' y su vigencia en el Derecho argentino. Eximentes y causas de justificación. Los presupuestos y las eximentes", *Revista de Derecho de Daños,* No. 2. (Enero 2006): 129, https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=27937.
36 Müller, "La aceptación o asunción", 134.
37 Müller, "La aceptación o asunción", 136.

cesores no tendrán derecho a iniciar un proceso penal, así como tampoco un proceso civil para buscar una indemnización por los daños.

Sin embargo, existen riesgos dentro de dichas actividades que no pueden entrar en la esfera del hecho de la víctima porque son excesivos o riesgos no contemplados. Un caso paradigmático es la pelea entre Mike Tyson y Evander Holyfield en la cual el primero arrancó un pedazo de oreja de su contendiente mediante un mordisco. Este vendría a ser un riesgo extraordinario o anormal, ya que no está permitido dentro de las reglas del deporte realizar este tipo de ataques al oponente. Sería poco razonable y difícil de abogar una asunción de riesgo de este calibre por parte de Holyfield, lo que sacaría al acto de la esfera de asunción de riesgo y hecho de la víctima como eximente de responsabilidad.

7. Conclusiones

Tanto el régimen de responsabilidad civil como el penal, a pesar de las características propias de cada campo, admiten causales de exoneración de la responsabilidad. Esto podría ser porque se rompe el nexo causal que "impide imputar el daño a quien es demandado"[38] o porque "un comportamiento se adecua al tipo prohibitivo [pero] no le asiste el concurso de un tipo permisivo" o lo que es lo mismo, que se trata de una conducta típica permitida por una norma que la justifica dentro de "especialísimas circunstancias".[39]

Tras analizar cada caso de exclusión de la responsabilidad penal con su correlativo civil, podría decirse que aún si el ordenamiento jurídico no precisa una prejudicialidad penal para admitir una sentencia civil condenatoria de daños, esta acción sería ineficiente para alcanzar su objetivo. En la vía civil, también podría alegarse una causal que eximiría la responsabilidad de quien ocasionó el daño, ya sea la culpa de la víctima, fuerza mayor, caso fortuito o asunción del riesgo y hecho de la víctima, según el caso que corresponda.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe limitación alguna para exigir un resarcimiento por un acto que genere daños de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. Además, si bien es cierto que existen quienes defienden una legislación estructurada en favor de la víctima (o de quien ha sufrido el daño), es importante tomar en cuenta que todo tipo de vulneración contemplado en el ordenamiento jurídico debe ser resultado de un actuar ilícito o antijurídico. En los casos analizados, los eximentes de responsabilidad tienen la función de prevenir un ejercicio abusivo del derecho y obtener una indemnización por un hecho en el que no se han configurado los elementos necesarios. En el caso del cometimiento de un delito en estado de necesidad, se estima que el autor

38 Patiño, "Las causales exonerativas", 398.
39 Barreto Ardila, "Dolo, culpa y preterintención", 268.

no ha obtenido propiamente un enriquecimiento injusto ya que los bienes de primera necesidad son aquellos básicos para poder sobrevivir. Entonces, bien podría ser que el juez que conozca la causa en el campo civil estime que se encuentra ante un caso de fuerza mayor, por lo que tendrá que soportar el daño la persona que lo ha sufrido. Si existe una orden de autoridad o un mandato legal, el cometimiento del ilícito no será susceptible de sanción o reproche penal. Asimismo, en vía civil la indemnización no podría correr por parte de quien ocasionó directamente el daño, sino por parte de la institución o ente público.

Lo mismo sucede en el supuesto de la legítima defensa. Si un juez civil admite el caso una vez que ha sido sobreseído en vía penal, debería estimar que los daños no son legítimos en el sentido en que fue la víctima quien ocasionó el hecho en primer lugar o, también, podría estimar una reducción en la indemnización si el hecho de la víctima fue una concausa del daño ocasionado. También cabe el supuesto de consentimiento del titular en el ámbito penal, puesto que se puede estimar que se trata de un hecho de la víctima en el que, por haber asumido un riesgo normal o propio de la conducta, no tendría derecho a exigir una reparación de un daño asumido por este.

Aun cuando no se descarta la posibilidad de solicitar una indemnización civil posterior a una sentencia de sobreseimiento en materia penal, su posibilidad de éxito sería mínima, en virtud de que no se ha encontrado responsabilidad penal directa entre la conducta y el daño. Una estrategia apropiada como defensa, en este caso, sería basarse en el análisis de los eximentes penales en correlación con los eximentes en materia civil y, así, desestimar todo tipo de responsabilidad.

USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Nuevas regulaciones del derecho societario: criterios para su aplicación en los tipos sociales tradicionales

N*ew Company Law Regulations: Criterions for its application to the Traditional Type of Companies*

Martín Alejandro Urbano*

Recibido / Received: 6/05/2021
Aceptado / Accepted: 28/01/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2268

Citación:
Urbano Esparza M.A. «Nuevas regulaciones del derecho societario: criterios para su aplicación en los tipos sociales tradicionales». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1,* julio de 2022, pp. 17-35, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2268

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: murbano@morales.ec ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-6351-711X

Resumen

A lo largo de este trabajo se realiza un análisis sobre las implicaciones que tienen las nuevas regulaciones de la paradigmática Sociedad por Acciones Simplificada y la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, pues se considera que han introducido en nuestra legislación figuras modernas que se encargan de regular aspectos que no se han previsto en el **ámbito** de los tipos sociales tradicionales. A propósito de aquello, se plantea –en primera instancia– la coexistencia de un régimen imperativo de regulaciones con un régimen dispositivo, lo cual sirve para dilucidar el impacto que tiene la falta de reconocimiento expreso de figuras como: abuso del derecho de voto, administradores de hecho, unanimidad para la inclusión de cláusula arbitral y la mediación como mecanismo de resolución de controversias societarias.

En la misma línea, dada la falta de reconocimiento expreso de dichas figuras, a lo largo de este trabajo se plantean posibles soluciones que sirven para solventar controversias relacionadas a estas figuras en los tipos sociales tradicionales. Dichas soluciones provienen esencialmente de los reenvíos normativos contemplados dentro de la Ley de Compañías que –de manera principal– derivan a la aplicación del Código Civil.

Finalmente, se plantea dentro de este trabajo que, a pesar de las soluciones que se puedan encontrar, es necesaria una reforma que permita estandarizar los aspectos relacionados a las nuevas figuras previstas en la Ley de Compañías, pues se requiere dotar a tal Ley de normas eficientes que respondan a las necesidades de comercio actuales.

Palabras clave

Analogía; imperativismo; dispositivo; responsabilidad; administrador; deficiencia normativa; sociedad

Abstract

This paper presents an analysis about the implications of the new legal forms provided by the Joint Stock Company regulations and the reform to the Company Law, as it is considered that they have brought to our legislation new legal forms that regulate aspects which are not provided for the traditional companies. Consequently, within this article, it is proposed, as a first instance, that the mandatory regime coexists along the default rules regime, letting us clarify the impacts of not recognising legal forms such as: abuse of participation rights, de facto and shadow directors, unanimous approval to include an arbitration clause, and mediation as a mechanism provided to solve corporate conflicts.

Along the same lines, given the lack of explicit recognition of these legal forms, within this paperwork, some solutions are provided to deal with conflicts asso-

ciated with the new legal forms in the traditional companies. Those solutions are essentially based on the redirection of rules provided in the Company Law which, mainly, result on application of the Civil Code.

Finally, within this paper, it is proposed that, even though, we can find many solutions for the lack of recognition of new legal forms, our Company Law must be reformed, so it can provide standardised regulations to deal with the new figures included in the Company Law, since it is required to have efficient regulations that are able to respond to the modern commercial needs.

Keywords
Analogy; mandatory laws; default provisions; liability; directors; policy failure; company

1. Introducción

La Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (en adelante Ley de Emprendimiento) entró en vigencia en el Ecuador a partir del 28 de febrero de 2020 y trajo consigo un cambio de paradigma en cuanto a los tipos de sociedades mercantiles existentes en nuestro país. A través de la norma antedicha, se introdujo en el derecho societario ecuatoriano a la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante SAS) que, según el artículo 3 *ibídem,* "es un tipo de sociedad mercantil conformada por una o más personas, mediante un trámite simplificado para fomentar la formalización y desarrollo de empresas".[1] Así, llegó al Ecuador la SAS que, en términos de Francisco Reyes, "es un tipo de sociedad contrapuesto a las figuras anacrónicas tradicionales, ya que la SAS es una figura asociativa moderna, caracterizada por la libertad de contratación en su estructura y la limitación a la responsabilidad de sus socios".[2]

Adicionalmente, Paúl Noboa y Esteban Ortiz sostienen que "las principales características de esta especie son la supresión de barreras para su constitución, la erradicación del imperativismo normativo propio de sus pares tradicionales y la prioridad que se ha otorgado a la libertad contractual".[3] También, añaden que "la Sociedad por Acciones Simplificada, al igual que cualquier otra sociedad mercantil, es un centro de imputación diferenciado e independiente de sus socios".[4]

1 Artículo 3, Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, R.O.151, de 28 de febrero de 2020.
2 Francisco Hernando Reyes Villamizar, "Aspectos Generales de la Sociedad por Acciones Simplificadas" en *Derecho Societario.* (Bogotá: Editorial Temis, 2020), 29.
3 Paúl Noboa y Esteban Ortiz, "Personalidad Jurídica Independiente de la Sociedad por Acciones Simplificada y Responsabilidad Limitada de sus Accionistas" Revista Ruptura, (02), 589-620. (Diciembre 2020): 591, https://doi.org/10.26807/rr.vi02.35.
4 Ibid., 591.

Bajo estas premisas, y con fundamento en los principios previstos en los literales a, b y c del artículo 2 de la Ley de Emprendimiento,[5] se puede mencionar que la SAS fue introducida al contexto normativo societario del Ecuador con la finalidad de realizar cambios en el sistema tradicional e introducir novedades que resuelven conflictos prácticos de los emprendedores y empresarios.[6]

Por otra parte, el 10 de diciembre de 2020 entró en vigencia la Ley de Modernización a la Ley de Compañías. Dicho cuerpo normativo, de la misma manera, contempló novedades que permiten a las sociedades mercantiles ecuatorianas responder de manera más ágil a las necesidades del comercio. Sin embargo, lo que llama la atención y será motivo de análisis dentro de este trabajo, son los reconocimientos expresos sobre los mecanismos alternativos de resolución de controversias que se prevén con pequeñas distinciones en las sociedades tradicionales con respecto de la SAS. Dichas distinciones serán dilucidadas para poder entender el alcance adecuado de las mencionadas figuras, ya que por la vigencia del imperativismo normativo en los tipos tradicionales podría prestarse para interpretaciones ambiguas.

2. Desarrollo

2.1. El paso de un modelo imperativo absoluto a un modelo mixto

Hasta el año 2020, el derecho societario ecuatoriano podía ser considerado eminentemente imperativo, ya que el artículo primero de la Ley de Compañías, previo a la reforma, mencionaba que el contrato de compañía "se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil".[7] De la norma citada se desprende que la voluntad de las partes no siempre ha sido la fuente principal de regulación de las compañías en el Derecho ecuatoriano.

Sin embargo, con la reforma del 10 de diciembre se agregó a ese artículo un inciso que prescribe: "[l]a Ley también reconoce a las sociedades por acciones simplificadas, que podrán constituirse mediante contrato o acto unilateral".[8] Sobre aquello, se ha mencionado que "antes del reconocimiento legislativo de la SAS, nuestra legislación societaria estaba caracterizada por la rigurosidad de las normas que rigen a las especies societarias tradicionales".[9] En este contexto,

5 Artículo 2, literales a, b y c. Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación.

6 Art. 2.- Objetivos de la ley.- Son objetivos de esta Ley los siguientes: a) Crear un marco interinstitucional que permita definir una política de Estado que fomente el desarrollo del emprendimiento y la innovación; b) Facilitar la creación, operación y liquidación de emprendimientos; c) Fomentar la eficiencia y competitividad de emprendedores.

7 Artículo 1, Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

8 Artículo 1, Ley de Modernización a la Ley de Compañías. R.O.347, de 10 de diciembre de 2020.

9 Paúl Noboa-Velasco y Esteban Ortiz-Mena, "La Autonomía de la Voluntad como Eje del Sistema en las Sociedades por

se puede mencionar que con la regulación de la SAS, la intención del legislador fue dar un giro a la concepción tradicional de la Ley de Compañías. De la misma manera, Ortiz y Noboa mencionan que: "[L]a Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación no modificó el régimen tradicional, por lo que los inversionistas que así lo consideren pueden seguir ejerciendo el comercio bajo el régimen imperativo de las especies societarias tradicionales.[10]

Ahora bien, bajo esta premisa, y considerando que las sociedades mercantiles tradicionales siguen vigentes en el Ecuador, se puede mencionar que en la Ley de Compañías, desde el año 2020, coexisten ambos sistemas. Por una parte, se encuentran las sociedades tradicionales con su imperativismo normativo, propio de estas especies societarias; y, por otra parte, la SAS que para el profesor Reyes Villamizar "es esencialmente de régimen dispositivo, ya que las características *simplificadas* del tipo implican que su regulación queda, en general, sujeta a lo previsto contractualmente por los asociados".[11] En otras palabras, "es una herramienta corporativa versátil que reduce significativamente la rigidez normativa y el excesivo formalismo que caracteriza a la sociedad anónima y a la compañía de responsabilidad limitada".[12]

Como se ha mencionado previamente, las regulaciones de las sociedades tradicionales coexisten en la Ley de Compañías con las disposiciones de la SAS. Y sobre aquello, es importante recalcar que en el diseño de la SAS "se incorporaron no solo los antecedentes normativos locales, sino también las principales vertientes del Derecho extranjero contemporáneo que tienen influencia global en los procesos de reforma legislativa societaria".[13]

Por lo antedicho, dentro del presente análisis se considera que la SAS incorpora regulaciones novedosas que resuelven conflictos reales del derecho societario contemporáneo sobre los cuales las sociedades tradicionales guardan silencio, lo cual deja en evidencia la existencia de ciertas lagunas normativas a la hora de resolver conflictos, principalmente en las sociedades anónima y de responsabilidad limitada. También se considera que en el ámbito de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada existen deficiencias normativas, "entendidas como una insuficiencia no remediada dentro de un ordenamiento jurídico".[14] Sobre esto, Reyes Villamizar menciona:

> Es evidente que los tipos societarios anteriores a la SAS presentan dificultades claramente identificadas por la doctrina y por los propios empresarios. A pesar de la enorme popularidad de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limita-

Acciones Simplificadas del Ecuador" (Junio 2020): 3, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3599295.

10 Ibid., 5.

11 Reyes Villamizar. "Derecho Societario", 172.

12 Noboa y Ortiz, "Autonomía de la voluntad en la SAS", 5.

13 Francisco Reyes Villamizar, "La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano" [Archivo PDF]. (Junio 2009): 1-2, http://scm.oas.org/pdfs/2016/CP36957T.pdf

14 Joseph Raz, *The authority of law Essays on Law and Morality*, La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral, trad. Rolando Tamayo (Ciudad de México: Imprenta Universitaria, 1985), 82.

> da, debe reconocerse que su configuración típica es deficiente ante las necesidades de los empresarios de hoy.[15]

Por otra parte, Ortiz y Noboa indican que "la SAS es una alternativa para solucionar los problemas comunes que antes no tenían una vía posible en las compañías tradicionales o que, estableciendo salidas, tenían procedimientos demasiado rigurosos e inútiles, que muchas veces resultan impracticables".[16] De estas premisas, se puede mencionar que las regulaciones de las sociedades tradicionales no contemplan soluciones suficientes para los problemas actuales del Derecho societario.

La sociedad por acciones simplificada introdujo en la Ley de Compañías novedosas regulaciones y estas son una solución diferente que trae el Derecho societario para acoplar los negocios a los tiempos modernos. Las principales normas en cuanto a controversias de los miembros de la compañía que se encuentran son: disposiciones que definen y regulan a los administradores de facto u ocultos, normas relativas al abuso del derecho de voto, requerimiento sobre la unanimidad para la inclusión de la cláusula arbitral y reconocimiento expreso de la mediación.

2.2. Las novedades normativas de la SAS

2.2.1. Sobre el abuso del derecho de voto

El artículo innumerado titulado "abuso del derecho de voto", de la sección legal que rige a las SAS, determina:

> Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja injustificada.
>
> Quien abusare de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que el juez competente pueda declarar la nulidad de la determinación adoptada.
>
> La acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de nulidad de la resolución adoptada por un abuso del derecho de voto, podrá ejercerse cuando se comprobare un abuso de mayoría, de minoría o de paridad.[17]

15 Reyes Villamizar, "Innovaciones de la SAS", 2.
16 Noboa y Ortiz, "Autonomía de la voluntad en la SAS", 3.
17 Artículo innumerado titulado "Abuso del Derecho de Voto", LC.

La norma previamente citada, introduce a nuestra legislación lo que se describe como "un escrutinio de determinaciones adoptadas en el seno del máximo órgano social, en las que, a pesar de observarse normas sustanciales, se busca un propósito que excede la finalidad del derecho a votar en favor o en contra de una determinación"[18]. Sobre esta figura de abuso del derecho es menester mencionar que, tal y como expone Francisco Reyes, son figuras con principales antecedentes en el Derecho francés y anglosajón.[19]

Para el mentado autor, el abuso del derecho de voto en el Derecho francés es visto como el ejercicio de un derecho subjetivo con intención de causar daño o con un propósito distinto al previsto en el derecho objetivo;[20] mientras que en el Derecho anglosajón, como el ejercicio de derechos de los socios con la finalidad de iniciar negociaciones en desmedro de los intereses de terceros o un grupo de socios.[21]

Según Francisco Reyes, ambos sistemas también previeron soluciones distintas para corregir los actos abusivos en las sociedades.[22] En el Derecho francés se optó por sancionar con nulidad los votos que se realizan sin justificación en desmedro de la sociedad;[23] no así en el Derecho anglosajón en el que se buscó corregir el abuso a través del resarcimiento desde el ámbito de daños.[24]

En cuanto al ámbito latinoamericano, los análisis contemporáneos del derecho de sociedades exponen que en las sociedades de capital concentrado, abundantes en América Latina, existe una modalidad de abuso predominante de mayoría que se traduce en el conocido problema de agencia entre mayoritarios y minoritarios[25].

Para efectos de entender al ejercicio abusivo de los derechos políticos en las sociedades mercantiles, a este se lo explica desde tres perspectivas descritas en nuestras palabras a continuación. En primer lugar, se habla de abuso de mayoría cuando los socios mayoritarios buscan satisfacer su interés por sobre el de la sociedad o, a su vez, buscan privar a los socios minoritarios de una ventaja que ellos poseen legítimamente.[26] Los ejemplos más comunes son los relativos a temas de utilidades y aumentos de capital.[27] Inversamente, el abuso de minoría consiste en oposiciones injustificadas de los socios o accionistas minoritarios para satisfacer sus propios intereses, siempre y cuando su oposi-

18 Francisco Reyes Villamizar. *La Sociedad por Acciones Simplificada,* ed. 4ª (Bogotá: Legis Editores, 2020), 134.
19 Reyes Villamizar, *La sociedad por Acciones Simplificada*, 140-141.
20 Ibid.
21 Ibid.
22 Ibid.
23 Ibid., 141-146.
24 Ibid.
25 Peña Ramírez, María Victoria, "Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles". Revista de Derecho Privado, No. 54 (2015):1-49. Redalyc, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360043572003
26 Reyes Villamizar, *La sociedad por Acciones Simplificada*, 136-137.
27 Ibid.

ción resultare contraria al interés general de la sociedad.[28] De manera similar, en el abuso de paridad se aplica la misma lógica del abuso de minoría, pues lo que se busca es entorpecer la marcha operacional de la sociedad mercantil,[29] aspecto que podría, en última instancia, provocar una paralización de los órganos societarios (*deadlock*). Para Francisco Reyes, todas estas opciones están sujetas a la configuración de tres supuestos que son: (i) ejercicio del voto para dañar a la compañía u otros accionistas; (ii) obtener para sí o para un tercero, beneficios injustificados; y (iii) voto que perjudica a los socios o la compañía.[30]

Tal y como se desprende del artículo referente al abuso del derecho de votación previamente citado, así como de lo expuesto por Francisco Reyes, los mecanismos para solucionar conflictos sobre el abuso son la declaratoria de nulidad de la resolución y la acción de daños y perjuicios, cuestión sobre la cual no hay claridad en cuanto a los tipos sociales tradicionales que se procede a analizar. Respecto a esto último, la doctrina del derecho anglosajón sostiene que otro mecanismo para lidiar con este tipo de actuaciones es la inclusión de estándares de conducta.[31]

2.2.2. Abuso del derecho en las sociedades tradicionales

En el anterior apartado se ha mencionado cómo se ha introducido en el Ecuador la figura del ejercicio de abuso del derecho de voto y qué consecuencias prevé para su remediación. Sin embargo, es relevante precisar que dicha disposición normativa únicamente se encuentra prevista dentro del régimen de la SAS. En esta línea, cabe cuestionar si dicha figura tiene cabida para solucionar casos relativos a ejercicios abusivos del derecho de voto en la compañía anónima y de responsabilidad limitada.

Como respuesta a la cuestión planteada es menester considerar las propuestas que se presentan a continuación. Primero, el segundo inciso del artículo 1 de la Ley de Compañías contempla un reenvío a las disposiciones del Código Civil para la regulación del contrato de sociedad.[32] En esta línea, resulta importante mencionar que en el año 2012 se introdujo –a continuación del artículo 36 del Código Civil– un artículo innumerado que establece lo siguiente: "Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico".[33] Sobre esta base, se puede señalar que si bien no se reconoce de manera expresa al

28 Ibid., 138.
29 Ibid., 139.
30 Ibid., 143.
31 Reinier Kraakman et al. "The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach" (Oxford: Oxford University Press, 2017), 145-162.
32 Artículo 1, LC.
33 Artículo innumerado, Código Civil [CC], R.O.S.46, de 08 de julio de 2019.

abuso del derecho de voto en las compañías anónima y de responsabilidad limitada, con fundamento en lo prescrito en el Código Civil, se puede encontrar una solución para corregir las prácticas abusivas de los socios en las juntas. No obstante, se debe considerar que el mencionado reenvío normativo solamente otorgaría una solución parcial.

Dentro de este trabajo, se considera que el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 36 del Código Civil, únicamente permitiría el resarcimiento de daños a quien resultare agraviado por un ejercicio abusivo del derecho de votación. Sin embargo, dicho artículo no permitiría solicitar la nulidad de una resolución asamblearia que podría fundamentarse en un voto abusivo. Se debe recordar que, de acuerdo con el artículo 1697 del Código Civil, "es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes."[34]

De este modo, la regulación de las SAS, de manera implícita, estaría reconociendo que la ausencia de abuso en el ejercicio del derecho de votación sería una condición que la Ley ha establecido para la validez de una resolución asamblearia. Sin embargo, aquella inferencia no podría ser aplicable en el ámbito de las especies societarias tradicionales, dado que la Ley no ha determinado que una resolución aprobada por la junta general de una sociedad mercantil tradicional, adolecería de vicios de nulidad cuando un socio o accionista hubiere votado de manera abusiva, para perseguir su propio beneficio.

2.2.3. Sobre los administradores de sombra y de hecho en el Ecuador

Para el análisis de esta figura primero se debe considerar la disposición del inciso segundo del artículo innumerado titulado "responsabilidad del representante legal" de la sección legal que rige a las SAS y establece:

> Las personas naturales o jurídicas que, sin ser representante legal de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, o que asumieren frente a terceros la calidad de administradores, sin serlo legalmente, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los representantes legalmente designados.[35]

Del artículo *ut supra* se desprende que en el Ecuador, bajo las normas de la SAS, se encuentra regulado lo que en el Derecho comparado se conoce como *de facto directors* y *shadow directors,* figuras que tienen un mayor desarrollo en

34 Artículo 1697, CC.
35 Artículo innumerado, titulado "responsabilidad de los administradores", LC.

otros sistemas legales. Por lo previamente dicho, para entender estas figuras resulta práctico traer a colación casos del Reino Unido, ya que la jurisprudencia de dicho país desarrolla a fondo estos conceptos. En este contexto, sobre los administradores de hecho, se considera útil revisar el caso *Mumtaz Properties*, pues este versa sobre un escenario de insolvencia y liquidación de una compañía familiar en la cual los hijos mantenían el cargo de directores, mientras que el padre no lo hacía. En este caso la Corte de Apelación del Reino Unido mencionó sobre el padre que: "él es un administrador de hecho, pues se configura como tal debido a las circunstancias fácticas, a pesar de no haber sido oficialmente designado".[36]

Por otro lado, sobre los *shadow directors*, la *High Court* 115 dentro del caso *Hydrodam* estableció que un *shadow director* se define por los siguientes tres elementos: persona a la que los administradores a) están acostumbrados a escuchar, b) seguir sus instrucciones y c), esta persona no se identifica a sí misma como un director.[37] En la misma línea, la Corte antedicha ha mencionado "si una persona, de manera frecuente aconseja, sugiere, da instrucciones y, los directivos comúnmente las considera, esto puede convertir a esa persona en un *shadow director*"[38]*;* y en adición*,* ha establecido que la consecuencia de ser calificado como un *shadow director* es la aptitud para responder como administrador legalmente designado por el quebrantamiento de deberes fiduciarios.[39]

Dado que el artículo innumerado incorporado a la Ley de Compañías contiene estas dos figuras en la misma redacción, resulta útil remitirse al derecho comparado y la doctrina para entender la distinción esencial entre ambas figuras. Sobre aquello, dentro del mismo emblemático caso la *High Court 115* señaló: "Un administrador de facto es aquel que actúa y aparenta sus acciones como un administrador, a pesar de no haber sido designado como tal. Por contraste, un administrador de sombra no actúa cómo, ni aparenta ser, un administrador. Al contrario, este afirma no ser un director".[40]

De la misma manera, el profesor Francisco Reyes señala que un administrador de hecho es un gestor social que tiene posibilidad de relacionarse con terceros de manera independiente.[41] Asimismo, se sostiene que un administrador de sombra u oculto es un socio, o una tercera persona, que realiza una verdadera intromisión en los asuntos de la compañía.[42] Bajo este contexto, es relevante mencionar que ambas figuras recogidas en el mismo artículo de la Ley de

36 Mumtaz Properties Ltd RE (2011) EWCA Civ 610, Wetton v Ahmed, UK Supreme Court of Appeal, 24 May 2011. (trad. libre)
37 Hydrodam (Corby) Ltd (in Liquidation), High Court 115 of England and Wales, Chancery Division, 17 December 1994. (trad. libre)
38 Hydrodam (Corby) Ltd (in Liquidation), Chancery Court 115 of England and Wales, 17 December 1993. (trad libre)
39 Id.
40 Id.
41 Reyes Villamizar, *La sociedad por Acciones Simplificada*, 182.
42 Reinier Kraakman et al., *The anatomy of corporate law,* 88.

Compañías se encuentran previstas sólo en el ámbito de la SAS, lo cual deja abierta la incógnita de que soluciones se puede dar en las sociedades tradicionales, dado que la Ley en este régimen guarda silencio.

2.3. Los administradores de hecho en las sociedades tradicionales

2.3.1. Compañía de Responsabilidad limitada

Dentro de las disposiciones que regulan a los tipos sociales tradicionales, se puede encontrar una figura similar a la del administrador de hecho en el literal c del artículo 115 de la Ley de Compañías. Dicha norma hace referencia a las obligaciones de los socios de las compañías de responsabilidad limitada y prescribe que "los socios deben abstenerse de la realización de todo acto que implique injerencia en la administración".[43]

Como se puede observar, dicha norma prescribe una obligación de no hacer para los socios. No obstante, no estipula una consecuencia como el caso del artículo de los administradores de la SAS para cuando se incumpla con la prohibición. De un análisis del régimen que regula a la compañía de responsabilidad limitada, en aplicación del literal j del artículo 118 de la Ley de Compañías,[44] se puede considerar que la consecuencia societaria de cometer actos de injerencia en la administración de la compañía podría ser la exclusión de un socio, ya que el numeral 2 del artículo 82 establece que puede ser excluido "el socio que interviniere en la administración sin estar autorizado por el contrato de compañía".[45] No obstante, no se podría imputar responsabilidades como sí lo hace la disposición de la SAS, pues en la sección de la Ley de Compañías que regula a las sociedades de responsabilidad limitada, no se ha determinado la imposición de responsabilidades a los socios que se inmiscuyeren en la administración como si se tratare de administradores legalmente designados.

Sin perjuicio de lo mencionado, por el momento los mecanismos para corregir actos de injerencia en las operaciones se podrían encontrar también en otros cuerpos normativos. En vista de aquello, dado el reenvío permitido por el artículo 1 de la Ley de Compañías al Código Civil, se podría tomar en cuenta como una solución lo previsto en el artículo 1571 de dicho cuerpo normativo, ya que establece que "toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho"[46]. En concordancia con lo anterior, el artículo 369 del

43 Artículo 115, literal c, LC.
44 Artículo 118, literal j, LC.
45 Artículo 82, numeral 2, LC.
46 Artículo 1571, CC.

Código Orgánico General de Procesos, sobre la ejecución de obligaciones de no hacer, prescribe: "Si no es posible deshacer lo hecho, se ordenará que la o el demandado consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización, la que se fijará en una audiencia, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior".[47]

De las normas previamente citadas se desprende que, debido a la falta de reconocimiento de la figura del administrador de hecho u oculto en los tipos sociales tradicionales, se debe acudir a varias disposiciones normativas por fuera de la Ley de Compañías para encontrar posibles soluciones, únicamente de resarcimiento, relativas a esta figura.

2.3.2. Unanimidad para la inclusión de la cláusula arbitral

El arbitraje, según el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, "es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción (…)".[48] Para el régimen de la Sociedad por Acciones Simplificada el legislador ha previsto de manera expresa que la modificación de las cláusulas estatutarias consagradas con relación a la inclusión, modificación o supresión de la cláusula arbitral requiere de unanimidad de todos los accionistas.[49]

En esta línea, cabe mencionar que esta disposición no se encuentra prevista para el ámbito de las compañías tradicionales, ya que el artículo 146.1, incorporado a la Ley de Compañías con la última reforma, únicamente prescribe:

> El estatuto social podrá incluir una cláusula compromisoria como un mecanismo para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, siempre que el conflicto recayere sobre materia transigible. En tal caso, procederá el arbitraje en derecho, conforme a las condiciones establecidas en la Ley y en el convenio arbitral. [50]

Por otra parte, el artículo 245 de la Ley de Compañías establece que existe obligatoriedad de las resoluciones de las juntas para todos los socios o accionistas (incluyendo a los ausentes o disidentes),[51] lo cual podría generar la duda que si por resolución de la mayoría de los accionistas, una cláusula arbitral pueda obligar a los socios minoritarios. No obstante, esto no sería plausible, ya que como mencionan Ortiz y Noboa:

47 Artículo 369, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O.506, de 23 de febrero de 2021.
48 Artículo 1. Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417, de 21 de agosto de 2018.
49 (…) para la resolución de conflictos societarios a través de la mediación o el arbitraje, sólo podrán ser incluidas o modificadas mediante la resolución unánime de los titulares del cien por ciento (100 %) del capital social. Artículo innumerado, titulado unanimidad para la modificación de disposiciones estatutarias. Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.
50 Artículo 146.1, LC.
51 Artículo 245, LC.

El requerimiento de unanimidad para la inclusión de una cláusula arbitral en el estatuto social se fundamenta en la garantía procesal que determina, como derecho esencial, que toda persona, salvo pacto expreso en contrario, deberá ser juzgada por su juez natural.[52]

Los mismos autores mencionan que defender lo contrario sería algo inadecuado, pues desconocería la naturaleza contractual del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias societarias.[53]

2.3.3. Reconocimiento de la mediación como mecanismo de resolución de controversias en materia societaria

En cuanto a los métodos alternativos de resolución de conflictos societarios, se menciona que "hasta el año 2019 no existía norma expresa que permita incluir este tipo de cláusulas estatutarias".[54] También, se ha dicho que la falta de norma específica respecto a los métodos alternativos de resolución de controversias causaba cierto temor sobre la implementación de este tipo de cláusulas en los estatutos sociales,[55] ya sea por el desconocimiento de cómo aplicarlas o la duda sobre el alcance que tiene respecto de quienes se relacionan con la sociedad.[56]

No obstante, en el año 2020, con la reforma a la Ley de Compañías del 10 de diciembre de dicho año, se cambió el artículo innumerado titulado resolución de conflictos societarios de aplicación para la SAS y se reconoció de manera expresa a la mediación como mecanismo para resolver los conflictos de la sociedad, sus accionistas y sus administradores. Actualmente, la mencionada norma señala que "las diferencias que surjan entre los accionistas de una sociedad por acciones simplificada, entre éstos y la compañía o sus administradores, o entre la sociedad con las personas que la administraren, podrán ser resueltas a través de una mediación".[57]

Sin perjuicio de lo mencionado, cabe recalcar que dicho reconocimiento expreso no se ha dado dentro de la regulación de las sociedades tradicionales, ya que tanto el primer inciso del artículo 137.2 cómo el primer inciso del artículo 146.1 de la Ley de Compañías, incluidos también en la reforma previamente mencionada, prescriben de manera similar:

> El estatuto social podrá incluir una cláusula compromisoria como un mecanismo para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, siempre que el con-

52 Noboa y Ortiz, "Autonomía de la voluntad en la SAS", 13-14.
53 Ibid.
54 Galo Andrés García Medina, "Arbitraje estatutario : antecedentes, alcance y aplicación en el Ecuador.". Universidad Católica Santiago de Guayaquil, (Febrero 2019): 17, http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/13106.
55 García, "Arbitraje estatutario",16.
56 Ibid.
57 Artículo innumerado, titulado resolución de conflictos societarios, LC.

> flicto recayere sobre materia transigible. En tal caso, procederán los mecanismos alternativos de solución de conflictos en derecho, conforme a las condiciones establecidas en la Ley (…).[58]

Bajo este contexto, cabe señalar que sería inadecuado desconocer a la posibilidad de establecer compromisos de mediación en el estatuto de las compañías tradicionales. Sobre lo antedicho es importante considerar que el artículo 137.2 hace referencia a "mecanismos alternativos de resolución de conflictos en derecho". Adicionalmente, no se puede olvidar que el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) reconoce de manera expresa a la mediación como procedimiento alternativo para la resolución de conflictos. [59] Así mismo, el numeral 10 del artículo 137 permite a los socios incluir en sus estatutos pactos lícitos y condiciones que no se opongan a la Ley de Compañías.[60] Con estas premisas se puede mencionar que la mediación es un mecanismo plenamente válido, no sólo para la SAS, sino también para las sociedades tradicionales.

2.4. Criterios que brinda el ordenamiento para armonizar las deposiciones

2.4.1. Aplicabilidad por analogía de las normas de la SAS

Dentro del presente trabajo, hasta el momento se han planteado dos cuestiones: por un lado, la implementación de la SAS en el Derecho societario, que trajo consigo novedosas normas que responden a las necesidades del comercio actuales; y, por otro lado, se ha planteado que la Ley de Compañías, dentro del régimen que regula a las sociedades tradicionales, no contiene normas actualizadas, por lo que se deben aplicar criterios tradicionales para responder a las necesidades actuales del comercio.

Como respuesta a las cuestiones planteadas se menciona que nuestro ordenamiento contiene una posible solución aplicable, ya que el artículo 18 del Código Civil contiene las reglas de interpretación de la Ley y la última regla de dicho artículo se refiere a la falta de Ley o laguna de derecho que permiten al juez recurrir al procedimiento de analogía.[61] Para Larrea Holguín la analogía consiste en la aplicación de una norma destinada a aplicar una materia similar.[62] Según este tratadista, es un proceso que tiene dos aristas: la inducción y

58 Artículos 137.2 y 146.1, LC.

59 "Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos". Artículo 190. Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O.449, de 20 de octubre de 2008.

60 "(….) Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley". Artículo 110. Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

61 "A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal". Artículo18. Código Civil [CC], R.O.S.46, de 08 de julio de 2019.

62 Juan Larrea Holguín. "Parte General y Personas" en *Derecho Civil Ecuador.* (Quito: Corporación de Estudios y Publicacio-

la deducción, ya que de una norma particular se asciende al principio que se basa para después por deducción aplicar al caso no legislado.[63]

En esta línea, el artículo 1 de la Ley de Compañías, sobre las disposiciones generales, prescribe que el contrato de sociedad se rige, en primer lugar, por las disposiciones de "esta Ley". [64] Bajo esta premisa, siguiendo las reglas de interpretación de la Ley, prescritas en el artículo 18 del Código Civil, se puede mencionar que la literalidad de este artículo apunta a que se debe acudir, de primera mano, a las disposiciones previstas en dicho cuerpo normativo para resolver las controversias en materia societaria. En este contexto, se debe mencionar que las regulaciones sobre la SAS han sido incorporadas al texto de la Ley de Compañías.

Por otra parte, de manera subsiguiente, el artículo primero de la Ley de Compañías establece que rigen al contrato de sociedad las disposiciones del Código de Comercio (en adelante CCo). Dicho cuerpo normativo, en el artículo 5, prevé que tiene aplicación supletoria para las demás ramas especiales de ánimo o naturaleza mercantil.[65] Curiosamente, el mismo artículo 5 del CCo hace mención a la posibilidad de aplicar por analogía las normas del mismo código para casos no previstos y de manera similar al artículo 1 de la Ley de Compañías, como última fuente de regulación, realiza un reenvío a las disposiciones del Código Civil.

A propósito de todo lo expuesto cabe realizar un matiz, ya que varias disposiciones que rigen a la SAS contienen sanciones. Tal es el caso de las normas que regulan el abuso del derecho de voto y a los administradores de hecho u ocultos. Sobre aquello, la CRE establece en el numeral 3 del artículo 76 de manera categórica: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la CRE o la ley".[66]

Con fundamento en el precepto constitucional citado, corresponde señalar que para los casos en los cuales se determinan sanciones y responsabilidades, la aplicación por analogía quedaría limitada en su alcance. Tampoco se puede olvidar que uno de los mecanismos correctivos en el caso del abuso de derecho de voto es la nulidad de la resolución, sobre lo cual Parraguez nos recuerda que la nulidad es de naturaleza sancionatoria según la doctrina jurisprudencial ecuatoriana.[67] Como fundamento de aquello, Parraguez cita la sentencia de

nes, 2009), 225-226.
63 Ibid.
64 "Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil". Artículo1. Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.
65 Artículo 5, CCo.
66 Artículo 76, numeral 3. Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O.449, de 20 de octubre de 2008.
67 Luis S. Parraguez Ruiz, "Ineficacia del contrato", en *Régimen Jurídico del Contrato.* (Quito: Editorial Cevallos, 2014), 583.

5 de mayo de 2004 en la cual la Corte Suprema recalcó que la nulidad es "una verdadera pena, de índole civil, y como tal, debe estar expresamente establecida por la ley, siendo, por tanto, de derecho estricto; no hay pena sin una ley que la establezca expresamente, no pudiendo ser aplicada por analogía".[68]

En esta línea, resulta importante precisar que con base en las disposiciones normativas previamente citadas, cabe aplicar de manera analógica las normas relativas a la SAS para dirimir conflictos relacionados con figuras como el abuso del derecho de voto y los administradores de hecho, siempre que se respete que la imposición de sanciones es una cuestión de derecho estricto, tal y como sostienen los mentados autores.

2.5. Aplicación de la acción de daños en el Derecho societario

Dentro del presente trabajo, se han expuesto figuras que, dentro del marco normativo de la SAS, regulan el comportamiento de sus accionistas, sobre todo en el ámbito de la toma de decisiones. Un ejemplo claro de aquello es el abuso del derecho de voto, previamente tratado, sobre el cual la Ley de Compañías expresa que "se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas (…)"[69] Por otra parte, respecto a las responsabilidades que se incurren en esta figura, la norma anteriormente mencionada señala que "quien abusare de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione (…)"[70] De la misma manera, el último inciso *ibídem*, prescribe que se puede ejercer la acción de daños y perjuicios cuando se pueda comprobar un abuso del derecho de voto en sus distintas modalidades (abuso de mayoría, abuso de paridad o minoría).[71]

Otro ejemplo relevante para el presente análisis es la figura del administrador de hecho, recogida en la LC, en el segundo inciso del artículo innumerado titulado responsabilidad del representante legal, ya que dicho artículo impone –como mecanismo correctivo– a las personas que se inmiscuyen en actividades positivas de la administración, sin tener la calidad de representantes designados de una SAS, las mismas responsabilidades aplicables a los representantes legalmente designados.[72]

68 Causa No.14-2004, GJS XVII, Corte Suprema de Justicia de Ecuador, GJS XVII, de 05 de mayo de 2004. Citado en Luis Parraguez, "Ineficacia del contrato", en *Régimen Jurídico del Contrato.* (Quito: Editorial Cevallos, 2014), 586.

69 Artículo innumerado, titulado Abuso del Derecho de Voto, LC.

70 *Id.*

71 *Id.*

72 "(…) Las personas naturales o jurídicas que, sin ser representante legal de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, o que asumieren frente a terceros la calidad de administradores, sin serlo legalmente, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los representantes legalmente designados. Artículo innumerado, titulado "Responsabilidad del representante legal" Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

A pesar de la falta de reconocimiento expreso de las figuras previamente tratadas, como se ha venido sosteniendo en el presente trabajo, el Código Civil tiene plena aplicación dentro del ámbito del Derecho societario. Bajo esta premisa, se puede mencionar que con fundamento en el artículo 2214 del Código Civil, base para la indemnización de daños en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se podría lograr un resarcimiento económico en distintos escenarios del derecho societario.

Por otra parte, en cuanto a la acción de daños como mecanismo para remediar acciones que perjudican la marcha operacional de una compañía o, en su defecto, menoscaben los derechos de los demás socios, es menester mencionar que de la lectura del artículo 2214 del Código Civil no se desprende ningún supuesto especial para que proceda. Dicho artículo es claro y prescribe que quien haya cometido delito o cuasidelito –cualquier persona– y se haya causado un daño –cualquiera que fuere– debe responder y resarcir al afectado.[73] Por otra parte, confirmando lo mencionado con anterioridad, el artículo 2229 de la norma *ibídem* prescribe "por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta."[74]

Sobre aquello, se considera que es una solución aplicable para solucionar conflictos referentes al menoscabo de los derechos sociales o intromisión en la marcha operacional de la compañía, ya que como lo señalan Saux y Müller "el principio general que rige en las reparaciones en materia civil es la *restitutio in integrum,* lo cual consiste en un efecto retroactivo de llevar a las cosas al estado en el que se encontraban antes de determinado hecho".[75] Únicamente es importante precisar que "en materia civil la reparación es prioritariamente económica, pues se busca que el peso económico que genera el daño se lo puede transferir a quien lo ha causado".[76]

3. Conclusión

Tanto la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación cómo la Ley de Modernización de Compañías, cambiaron al Derecho societario ecuatoriano. Dicho cambio se debe a que, en primera instancia, se implementó por primera vez un régimen dispositivo que rompe con los esquemas de los tipos sociales tradicionales. En virtud de aquello, hoy en día se puede observar en la Ley de Compañías que coexiste el imperativismo normativo de los tipos tradicionales, con el sistema dispositivo de la moderna Sociedad por Acciones Simplificada.

73 Artículo 2214, CC.
74 Artículo 2229, CC.
75 Edgardo Saux y Enrique Müller. *Responsabilidad Civil Aquiliana*. (Santa Fe: Universidad de litoral, 2005), 189.
76 Fernando de Trazegnies Granda. *La Responsabilidad Extracontractual*. (Lima: Editorial Ara Editores, 2016), 37.

Es por esto último que se ha podido analizar que dentro del régimen de los tipos tradicionales existen varias deficiencias normativas que requieren ser solventadas para responder de manera adecuada a las necesidades del Derecho societario contemporáneo. Por otra parte, con las reformas previamente mencionadas, se introdujeron en el Ecuador novedosas normas que regulan aspectos referentes a un gobierno corporativo moderno; sin embargo, dichas disposiciones, por el momento, no rigen en ambos sistemas –imperativo y dispositivo– ya que solo se los ha previsto para el ámbito de la Sociedad por Acciones Simplificada.

Es por ello que a lo largo de este trabajo, se ha planteado la aplicación de criterios de nuestro ordenamiento que resulta factible por las normas de reenvío que contiene la propia Ley de Compañías. Las soluciones encontradas son, de manera principal, la aplicación del Código Civil que, de manera un poco forzada, a nuestro criterio solventa la falta de reconocimiento expreso en los tipos sociales tradicionales sobre las nuevas figuras como lo son el abuso del derecho de voto, los administradores de hecho y los métodos alternativos de resolución de controversias con el matiz referido, esto es que no cabría la aplicación de sanciones por ser una cuestión de derecho estricto.

Por esto último, se considera que actualmente corresponde a los administradores de justicia tener en cuenta todos los mecanismos dispersos en el ordenamiento y, de ser posible, utilizar las normas de la SAS, al menos como un umbral de interpretación para resolver las controversias referentes a figuras no previstas en los modelos tradicionales.

Sin perjuicio de todo lo previamente dicho, no se puede dejar de considerar que en el ámbito del Derecho de compañías, el *judicial gap-filling,* además de costoso, consume grandes cantidades de tiempo y se encuentra susceptible de error, por lo que debe ser minimizado a través de una adecuada producción normativa.[77]

Por otra parte, además de los criterios presentados, este trabajo debe servir para hacer un llamado al legislador a realizar una reforma en la cual se puedan incluir las nuevas figuras de manera homogénea o, en su defecto, realizar pequeños ajustes que permitan un reenvío normativo, tal como lo hace el artículo 191 (aplicable sobre las sociedades anónimas) a la regulación de los acuerdos de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas.[78] Sobre lo mentado, hacemos referencia a lo expresado en *The New Company Law*, pues sus autores señalan que el Derecho de compañías es intrínsecamente

77 Joseph A. McCahery, et al. "The New Company Law: What Matters in an Innovative Economy?", *ECGI*, Law Working Paper No. 75 (September 2006): 13 http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.942993.

78 Art.191.- (…) Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones, o que se celebren para cualquier otro asunto lícito. Los acuerdos de accionistas de las sociedades anónimas se regirán, en lo que no contravenga a esta sección, por lo previsto para los acuerdos de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas. Artículo 191, Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

incompleto[79] y, por tal motivo, los legisladores eficientes deben participar activamente en el proceso de selección de reglas adecuadas para el manejo de los negocios a través de la provisión de regulaciones que traigan seguridad jurídica y mejoren la efectividad de su aplicación.[80] En esta línea, consideramos que el Derecho societario debe ofrecer productos normativos estandarizados que ayuden a economizar costos de transacciones, costos de ejecución y aplicación normativa y limitar los oportunismos. Además, una eficiente Ley de Compañías debe ofrecer modelos y regulaciones que tengan la aptitud de cubrir los aspectos referentes a las relaciones de quienes forman parte de la empresa y quienes la representan en las relaciones con actores externos.

Para concluir, cabe mencionar que no se puede permitir que en el Ecuador continúe la predominancia de tradiciones excesivamente rígidas y criterios dogmáticos en el campo del derecho societario, ni tampoco que nuestras normas se apeguen a seguir el camino marcado de una evolución histórica, ya que esto convertiría a nuestras normas en resistentes al cambio y únicamente se restringiría la evolución del Derecho de compañías en vez de promover su desarrollo.[81]

79 McCahery, et al, *The New Company Law,* 8.
80 Ibid.
81 Ibid., 4.

USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La implementación del *blockchain* en procesos societarios en Ecuador

Implementing blockchain technology for corporate procedures in Ecuador

Paúl Oswaldo Noboa Velasco*

Recibido / Received: 30/03/2022
Aceptado / Accepted: 18/05/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2567

Citación:
Noboa Velasco, P.O. «La implementación del blockchain en procesos societarios en Ecuador». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1,* julio de 2022, pp. 39-58, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2567

* Profesor de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841 Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: pnoboav@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-5285-708X

Resumen

Con fundamento en la propuesta formulada por el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas para la modernización de su Derecho Societario, Ecuador implementó la más ambiciosa reforma societaria latinoamericana en las últimas décadas. La Ley de Modernización a la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial el 10 de diciembre de 2020, introdujo varias figuras innovadoras al contexto societario ecuatoriano y actualizó el alcance de ciertos aspectos que, por el transcruso del tiempo, cayeron en la obsolescencia. Entre otras reformas, la modernización del Derecho Societario en Ecuador permite la utilización de medios electrónicos, incluyendo la tecnología *blockchain*, para la estructuración de los libros sociales y asientos contables de las compañías. Adicionalmente, la regulación societaria ecuatoriana permite, categóricamente, la tokenización de las acciones emitidas por una sociedad anónima o por una sociedad por acciones simplificada. Este artículo analizará cómo el Ecuador se convirtió en la primera jurisdicción iberoamericana en permitir la implementación del *blockchain* como un instrumento de gobierno corporativo.

Palabras clave

Ley de Modernización a la Ley de Compañías; blockchain; tokenización de acciones; gobierno corporativo; asientos contables

Abstract:

Following the proposal of the Ibero-American Institute for Law and Finance, Ecuador implemented the most ambitious corporate law reforms observed in Latin America in the past decades. The Ecuadorian Parliament enacted the Corporate Modernization Act, intended to actualize its regulatory framework in several ways. Among other innovative reforms, the new legislation allows the use of electronic devices, including blockchain technology, to create and maintain corporate records. This article will analyze how Ecuador has become the first Ibero-American jurisdiction to facilitate the use of blockchain as a corporate governance tool.

Key words:

Corporate Modernization Act; blockchain; tokenized shares; corporate governance; corporate records

1. Introducción

Con fundamento en la propuesta formulada por el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas para la modernización de su Derecho Societario,[1] Ecuador implementó la más ambiciosa reforma societaria latinoamericana en las últimas décadas.[2] La Ley de Modernización a la Ley de Compañías (en adelante LMLC), publicada en el Registro Oficial el 10 de diciembre de 2020, introdujo varias figuras innovadoras al contexto societario ecuatoriano y actualizó el alcance de ciertos aspectos que, por el transcruso del tiempo, cayeron en la obsolescencia. Entre otras reformas, la modernización del Derecho Societario en Ecuador permite la utilización de medios electrónicos, incluyendo la tecnología *blockchain*, para la estructuración de los libros sociales y asientos contables de las compañías. Adicionalmente, la regulación societaria ecuatoriana permite, categóricamente, la tokenización de las acciones emitidas por una sociedad anónima o por una sociedad por acciones simplificadas. Este artículo analizará cómo el Ecuador se convirtió en la primera jurisdicción iberoamericana en permitir la implementación del blockchain como un instrumento de gobierno corporativo.

2. Nociones introductorias del *blockchain*

Durante décadas, la información ha sido almacenada en bases de datos centralizadas alojadas en un único servidor.[3] Las bases de datos centralizadas, mantenidas en un administrador central, pueden afrontar varios problemas endógenos y exógenos que no pueden ser mitigados fácilmente.[4] Por ejemplo, la información almacenada en una base de datos centralizada podría ser arbitrariamente manipulada por el administrador, en desmedro del titular de dicha información.[5] Así también, las bases de datos centralizadas podrían ser objeto de ataques informáticos.[6]

La tecnología *blockchain* surgió como una respuesta a los problemas producidos por la concentración informacional derivada de la centralización de las

1 Aurelio Gurrea Martínez et al., "Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas Working Paper Series* 4, No. 2 (Junio 2019): 9, https://ssrn.com/abstract=3383861.

2 Aurelio Gurrea Martínez, Esteban Ortiz Mena y Paúl Noboa Velasco, "Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador", *Oxford Business Law Blog* (Enero 2021): https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador.

3 Alfonso Delgado de Molina, "Blockchain: concepto, funcionamiento y aplicaciones", en *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y Desafíos Regulatorios de las nuevas tecnologías en el Derecho y las finanzas*, ed. Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 31-60.

4 Ibid., 34.

5 Alfonso Delgado de Molina, "Blockchain: concepto, funcionamiento y aplicaciones", 33.

6 Ibid., 34.

bases de datos.[7] La Disposición General Cuarta de la LMLC, en su penúltimo inciso, define al término *blockchain* de la siguiente manera:

> Se entenderá como cadena de bloques o blockchain a la tecnología de registro y archivo de información virtual que organiza los datos en bloques encadenados cronológicamente por una función algorítmica encriptada y confirmada por un mecanismo de consenso. Esta tecnología será distribuida, encriptada y verificable en tiempo real. Una vez agregada la información, los registros de la cadena de bloques serán inmutables.[8]

Dicha definición legal contiene varios elementos. En primer lugar, la tecnología *blockchain* es una base de datos descentralizada conformada por varias cadenas de bloques, agrupados y conectados entre sí de manera cronológica.[9] Esta tecnología facilita el almacenamiento digital de información en una red descentralizada, que no es administrada por un servidor central, sino por todos los participantes de dicha red.[10] En la tecnología *blockchain*, los datos se encuentran organizados en una cadena de bloques relacionados entre sí, firmados por una huella digital, llamada *hash,* que cambiará y producirá una desalineación en la cadena si existe alguna alteración de los datos almacenados en un bloque.[11] Por tales motivos, la tecnología *blockhain* es muy difícil de manipular.[12]

3. Adopción del *blockchain* por la LMLC

Cabe señalar que la Ley de Compañías (en adelante LC) está vigente en Ecuador desde 1964. Adicionalmente, es importante tomar en consideración el origen decimonónico de nuestras disposiciones societarias, mismas que, en su génesis, se derivan del Código de Comercio francés de 1807. Entre muchos otros aspectos, el carácter tradicional de la regulación societaria ecuatoriana se veía ejemplificado en la exigencia: (i) de estructurar los libros sociales y asientos contables de manera física; y (ii) de contar siempre con un soporte cartular de los títulos representativos de capital de una compañía.

Esta realidad cambió drásticamente como producto de la paradigmática reforma societaria implementada por Ecuador en 2020, misma que permite la

7 Arvind Narayanan y Jeremy Clark, “Bitcoin’s Academic Pedigree”. *Communications of the ACM* 15, No. 4 (Agosto, 2017): 36-45, https://queue.acm.org/detail.cfm?id=3136559.

8 Disposición General Cuarta, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, R.O. Suplemento 347 de 10 de diciembre de 2020.

9 Mark Walport, “Distributed Ledger Technology: beyond block chain”. *Government Office for Science* (Noviembre 2015): https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf.

10 Florian Möslein, “Blockchain Applications and Company Law”. *Legal technology transformation in practice* (Octubre 2020): 2, https://ssrn.com/abstract=3720222.

11 Delgado de Molina, “Blockchain: concepto, funcionamiento y aplicaciones”, 40.

12 Alejandro H. Ramírez, *Sociedad por Acciones Simplificada* (Buenos Aires: Astrea, 2019), 313.

utilización de medios electrónicos, incluyendo la tecnología *blockchain*, para la estructuración de los libros sociales y asientos contables de las compañías, y autoriza la tokenización de las acciones emitidas por una sociedad anónima o por una sociedad por acciones simplificada.

En ambos casos, la LMLC es categórica al señalar que se reconoce "la equivalencia funcional de los libros sociales y asientos contables incorporados en medios electrónicos, con relación a la información documentada en medios no electrónicos".[13] Por consiguiente, los libros sociales y asientos contables incorporados en medios electrónicos, incluyendo en soportes que utilicen la tecnología *blockchain*, serán admisibles como medios probatorios válidos y serán aceptados para cualquier otro propósito lícito. De este modo, la LMLC ha reconocido la validez probatoria de la información societaria electrónica y ha habilitado su utilización para cualquier propósito lícito en el país, zanjándose así la eterna discusión que tradicionalmente ha existido al respecto.

3.1. Implementación de la tecnología *blockchain* para la estructuración de los asientos contables de las compañías

De acuerdo con la Disposición General Tercera de la LC, "las compañías podrán llevar su contabilidad por ordenadores, medios mecánicos, magnéticos, archivos electrónicos o similares, siempre que el sistema respectivo permita la individualización de las operaciones contables así como su posterior verificación".[14] Con absoluta claridad, las reformas societarias implementadas por la LMLC han tomado en consideración la irrupción tecnológica para permitir que la contabilidad y los estados financieros de las diferentes especies de compañías se lleven por ordenadores y sistemas digitalizados de transmisión de datos. La incorporación de medios electrónicos, incluyendo la tecnología *blockchain*, para la estructuración de los asientos contables de una compañía, que dicho sea de paso podría dejar con mero valor histórico las modalidades de estructuración tradicional de la contabilidad de las compañías en soportes o registros físicos; tendría varias ventajas.

En primer lugar, la implementación del *blockchain* reduciría costos de auditoría, debido a que cualquier persona interesada y autorizada para aquello –por ejemplo los socios o accionistas– podría acceder al listado de sucesos incorporados en la red para verificar las transacciones registradas, en cualquier momento.[15] De este modo, la implementación del *blockchain* tendría el potencial de reducir asimetrías informacionales, fallo de mercado que dificulta a ciertas

13 Disposición General Tercera, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, 2020.

14 Disposición General Tercera, Ley de Compañías [LC], R.O. 312, 5 de noviembre de 1999.

15 Fiammetta S. Piazza, "Bitcoin and the Blockchain as Possible Corporate Governance Tools: Strengths and Weaknesses", *Penn State Journal of Law & International Affairs* 5, No. 2 (Junio 2017): 295, https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=jlia.

personas el acceso a documentación suficiente como para encontrarse informados al mismo nivel que sus contrapartes.[16] Esta asimetría informacional, en el contexto societario, podría afectar esencialmente a los grupos de interés no controladores[17], que podrían ser los socios o accionistas en su conjunto o los asociados minoritarios, dependiendo del correspondiente patrón de propiedad accionarial.

Bajo aquel contexto, cabe señalar que, en jurisdicciones caracterizadas por un patrón de dispersión accionarial, el principal problema de agencia es aquel existente entre los socios o accionistas y los administradores. Por su parte, el principal problema de agencia que existe en jurisdicciones caracterizadas por un patrón de concentración de capital, como sucede en las compañías iberoamericanas, es aquel que surge entre socios o accionistas controladores –que usualmente son los mayoritarios– en desmedro de sus contrapartes no controladoras –que, comúnmente, son los socios o accionistas de minoría–.[18] Claramente, la implementación de la tecnología *blockchain*, que coadyuva a mitigar los problemas de agencia al eliminar o reducir la participación del agente,[19] tiene el potencial de mitigar asimetrías informacionales en beneficio de los grupos de interés societarios más desprotegidos, dado que, a través de *utility tokens* conferidos para tal efecto, podría facilitar el acceso a la información contable reduciendo costos y en menor tiempo.

Por otro lado, la utilización de la tecnología *blockchain* permtiría una verificación automática, realizada por la propia red, que asegure que las transacciones registradas sean completas, certeras y fiables.[20] La contabilidad moderna está basada en un sistema de doble registro, donde existen cuentas deudoras y acreedoras. En la marcha operacional de una compañía con varias relaciones comerciales, los costos de supervisión y auditoría sobre los correspondientes registros contables podrían resultar elevados. La aplicación de la denominada *blockchain accounting* tiene el potencial de reducir dichos costos, dado que todas las transacciones podrían ser incluidas directamente en la red para su ulterior verificación automática.[21] La aplicación de la tecnología *blockchain*, por los motivos antedichos, se ajusta de manera perfecta a la exigencia del primer inciso de la Disposición General Tercera de la LMLC, artículo que permite la utilización de medios tecnológicos para la estructuración de los asientos con-

16 John Armour et al., *Principles of Financial Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 55.

17 Reinier Kraakman et.al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 57.

18 Ver Paúl Noboa Velasco, "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas Working Paper Series* 5, No. 5 (Enero 2020): 10, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513599.

19 Anne Lafarre, "The Modernization of Corporate Governance: Blockchain as a solution", video de Youtube, publicado el 19 de febrero de 2019. https://www.youtube.com/watch?v=kqfd_pSblYE.

20 Matthew Spoke, "How Blockchain Tech will Change Auditing for Good". *COINDESK*, (Julio 2015): https://www.coindesk.com/markets/2015/07/11/how-blockchain-tech-will-change-auditing-for-good/.

21 Oliver Staley, "The unsexy future of blockchain is accounting". *QUARTZ*, (Marzo 2016): http://qz.com/629662/the-unsexy-future-of-blockchain-isaccounting/.

tables de las compañías "siempre que el sistema respectivo permita la individualización de las operaciones contables así como su posterior verificación".[22]

3.2. Utilización de la tecnología *blockchain* para la estructuración de los libros sociales de las compañías

Si bien Argentina, con la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, fue el primer país en la región en permitir la llevanza de los libros sociales de una sociedad por acciones simplificadas en medios digitales[23], la LMLC del Ecuador es la primera Ley latinoamericana, –y una de las pioneras a nivel mundial– en efectuar una mención expresa sobre la utilización de la tecnología *blockchain* para la estructuración de todos los libros sociales, incluyendo los registros de propiedad accionarial derivados de los libros de acciones y accionistas, los talonarios de acciones y la información de los libros de actas y expedientes de las juntas generales, o asambleas de accionistas, en el caso de una sociedad por acciones simplificada.

En términos similares a los previstos para los asientos contables de las compañías ecuatorianas, la Disposición General Tercera de la LMLC, en su segundo inciso, también permite la estructuración de los libros sociales en archivos electrónicos de cualquier naturaleza, siempre que dichos archivos garanticen, en forma ordenada, la inalterabilidad, la integridad y seguridad de la información, así como su conservación. Dicho inciso permite la incorporación de los libros sociales en cualquier "red de distribución de datos o tecnología de registro y archivo de información virtual, segura y verificable".[24]

En primer lugar, cabe señalar que la Disposición General Tercera de la LC establece un régimen opcional de desmaterialización de los libros sociales a través de su incorporación en un soporte *blockchain* u otros archivos electrónicos semejantes. Es decir, las compañías tendrían la alternativa de conservar sus registros societarios y demás información en soportes digitales o en los tradicionales medios físicos, de los cuales podrían manejarse versiones digitalizadas que, inclusive, podrían servir como respaldo para rehacerlos en caso de deterioro, pérdidas o sustracciones de los libros sociales originales, estructurados en la forma tradicional. En todo caso, esta moderna organización de los registros societarios de una sociedad anónima o de una sociedad por acciones simplificada no eximiría a sus administradores de su obligación de adecuada estructuración de los correspondientes libros sociales. Al respecto, el artículo 263 de la LC, en su primer numeral, determina que los administradores están especialmente obligados a cuidar, bajo su responsabilidad, los libros sociales

22 Disposición General Tercera, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, 2020.
23 Ramírez, *Sociedad por Acciones Simplificada*, 312.
24 Disposición General Tercera, segundo inciso, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, 2020.

de la sociedad que administran, entre los que se encuentran los libros de acciones y accionistas.

Por su parte, la información societaria estructurada bajo la tecnología *blockchain,* de conformidad con la Disposición General Tercera de la LMLC, debe ser verificable. Es decir, los soportes digitales correspondientes deberían permitir el acceso ilimitado a la información a cada persona interesada en la documentación, incluyendo a los socios o accionistas, administradores, comisarios, *compliance officers,* auditores externos, liquidadores, interventores y demás personas que tuvieren autorización para acceder a la misma. Adicionalmente, dicha exigencia de verificación, de acuerdo con legislaciones extranjeras, debería permitir, cuando correspondiere, la oportuna materialización de la información, para su utilización como medio probatorio válido en cualquier asunto lícito. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 224 de la Ley de Compañías del Estado de Delaware, cualquier información societaria incluida en un soporte electrónico deberá ser materializada cuando así le fuere requerido a una compañía.[25]

Al respecto, es importante aclarar que, a diferencia de otras legislaciones, como pudiera ser el caso de Delaware[26], la LMLC no ha condicionado la eficacia probatoria de la información societaria estructurada bajo la tecnología *blockchain* a su materialización. Por consiguiente, el requisito de verificabilidad de la información incorporada en el *blockchain* bien podría cumplirse siempre que se demuestre, por cualquier medio verificable, que un registro pertenece a un bloque de la cadena previamente confirmado.[27] Esta prueba se podría efectuar a través de la función *hash*[28], serie alfanumérica que identifica el contenido de un documento electrónico generado o almacenado en la cadena de bloques y que ofrece una confianza razonable con relación a la inalterabilidad de la información registrada en ella.[29] Sin perjuicio de aquello, y mientras los operadores de justicia implementen las herramientas tecnológicas que permitan realizar dicha verificación, la autenticidad de la información registrada en el *blockchain* también podría efectuarse mediante otros medios probatorios alternativos, incluyendo declaraciones testimoniales o pericias informáticas que demuestren el registro en el *blockchain* de dichas transacciones.

Con este antecedente, en primer lugar se hará referencia a los registros societarios. Por un lado, la Disposición General Tercera de la LC, en su segundo inciso, establece que cualquier sociedad mercantil, sin importar su especie,

25 Ver David Lucking, "Delaware Passes Law Permitting Companies to Use Blockchain Technology to Issue and Track Shares". *Allen & Overy*, (Septiembre 2017): https://www.allenovery.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/delaware-passes-law-permitting-companies-to-use-blockchain-technology-to-issue-and-track-shares.

26 Lucking, "Delaware Passes Law Permitting Companies".

27 Cf., Ricardo Oliva, "Transformación digital y tecnología de la Justicia", en *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y Desafíos Regulatorios*, ed. Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 441.

28 Cf., Andrea Ortega y Omar Puertas, "Blockchain, admitido como medio de prueba en China", *Lexology*, (Julio 2018): https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4467f458-af0f-4c80-b685-32cd22a89aec.

29 Oliva, "Transformación digital y tecnología", 473-77.

podría incorporar sus libros sociales –incluyendo, desde luego, sus registros societarios– en cualquier red de distribución de datos o tecnología de registro y archivo de información virtual, segura y verificable. Por su parte, la Disposición General Cuarta de la LMLC –que se refiere a la tokenización de las acciones– señala que únicamente una sociedad anónima o una sociedad por acciones simplificada podrán simbolizar sus títulos representativos de capital en certificados tokenizados, en cuyo caso dichas especies societarias deberán contar con sus Libros de Acciones y Accionistas organizados "en una cadena de bloques o en cualquier otra red de distribución de datos o tecnología de registro y archivo de información virtual, segura y verificable".[30] Es decir, por un lado la LC parecería permitir a cualquier compañía estructurar sus registros societarios mediante la utilización de la tecnología *blockchain,* mientras que por otro lado, parecería restringir dicha opción a las sociedades anónimas y a las sociedades por acciones simplificadas.

La contradicción descrita en el párrafo precedente encuentra solución en las reglas de interpretación normativa consagradas en el Código Civil (en adelante CC), norma de aplicación supletoria en el ámbito societario ecuatoriano de acuerdo con el reenvío normativo previsto en el artículo 1, segundo inciso, de la LC. Particularmente, el artículo 9 del CC establece con claridad que "cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales".[31] De este modo, la Disposición General Cuarta de la LMLC, que específicamente permite la posibilidad de incorporar los Libros de Acciones y Accionistas de las sociedades anónimas y de las sociedades por acciones simplificadas en una cadena de bloques o en cualquier otra red de distribución de datos o tecnología de registro y archivo de información virtual, segura y verificable, prevalecería, específicamente en este punto, por sobre la Disposición General Tercera de la LMLC, misma que permite, en términos generales, la implementación de la tecnología *blockchain* para la estructuración de los libros sociales de una compañía. De este modo, se puede concluir que cualquiera de las otras especies societarias reguladas por la LC podrían organizar sus libros sociales, incluyendo el libro de actas y el libro de expedientes de las juntas generales, bajo la tecnología *blockchain*, con excepción de sus registros societarios.

Con esta aclaración, la tecnología *blockchain* permite la digitalización de transacciones en un ambiente seguro y transparente, fomentando una clara definición de la propiedad accionarial.[32] Al reconocer esta posibilidad, Ecuador, además de situarse a la vanguardia de la regulación societaria internacional, junto con legislaciones tan avanzadas como Delaware[33] o Wyoming,[34] ha reco-

30 Disposición General Tercera, segundo inciso, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, 2020.
31 Artículo 9, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.
32 Oliver Wyman, *Blockchain in Capital Markets - The Prize and the Journey* (Nueva York: Oliver Wyman, 2016), 6.
33 Ramírez, *Sociedad por Acciones Simplificada*, 312.
34 Pierluigi Matera, "Delaware´s Dominance, Wyoming's Dare-Blockchain Companies and the Market for Corporate Char-

nocido una serie de ventajas para la organización de los registros societarios.[35] Adicionalmente, cabe señalar que el Ecuador, a diferencia de otras jurisdicciones, no ha impuesto condiciones que limiten la posibilidad de una sociedad anónima o de una sociedad por acciones simplificada para llevar sus registros societarios utilizando esta tecnología.[36]

En definitiva, al permitir el registro de accionistas en un sistema transparente, verificable y organizado cronológicamente, la tecnología *blockchain* facilitará la identificación registral de la propiedad accionarial de los títulos representativos de capital de las especies societarias anteriormente señaladas, promoviendo mayor transparencia en la estructuración de los registros societarios de las compañías ecuatorianas[37] y eliminándose la propensión al oportunismo para modificar, alterar o suprimir información relativa a la propiedad accionarial de las compañías en los registros societarios.

3.3. Implementación de la tecnología *blockchain* como fomento al gobierno corporativo

El gobierno corporativo es definido como el sistema de dirección y control de las sociedades mercantiles.[38] Bajo aquel contexto, las disposiciones societarias aplicables a aquel marco de control y dirección interna de las compañías deben facilitar –y ¿por qué no? automatizar– la toma de decisiones societarias y evitar actuaciones oportunistas.[39] Visto así, la implementación del *blockchain* reportaría varias ventajas en materia de gobierno corporativo.

El desarrollo tecnológico constituye un elemento esencial para la modernización de la adopción de resolución societaria.[40] Al reducir costes y permitir la deliberación y adopción de acuerdos con mayor agilidad, la tecnología *blockchain* tiene el potencial de evitar dilaciones innecesarias en la instalación y deliberación de las juntas generales o asambleas de accionistas.[41] La imple-

ters". *Oxford Business Law Blog*, (Marzo 2021): https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/03/delawares-dominance-wyomings-dare-blockchain-companies-and-market.

35 Federico Panisi, Ross P. Buckley y Douglas W. Arner, "Blockchain and Public Companies: A Revolution in Share Ownership Transparency, Proxy-Voting and Corporate Governance?", *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* 2, no.39. (Junio 2019): 189. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3389045.

36 Por ejemplo, de acuerdo con la regulación societaria alemana, un registro descentralizado de accionistas solamente será permitido si existen personas designadas y autorizadas por el Directorio de la compañía para validar transacciones en el *blockchain.* Oliva, "Transformación digital y tecnología", 473-477

37 Florian Möslein, "Blockchain Applications and Company Law". *Oxford Business Law Blog*, (Febrero 2021): https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/02/blockchain-applications-and-company-law.

38 Adrian Cadbury, *Report of the Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance* (Londres: Gee and Co. Ltd., 1992), https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/cadbury.pdf.

39 Möslein, "Blockchain Applications", 5.

40 Jane Colston y Christian Toms, "INSOL International: The Role of Artificial Intelligence (AI) and Technology in Global Bankruptcy and Restructuring Practices". *INSOL International – Special Report*. (Julio 2019), 1. https://brownrudnick.com/article/insol-international-the-role-of-artificial-intelligence-ai-and-technology-in-global-bankruptcy-and-restructuring-practices/.

41 Álvaro Pereira, *La Virtualidad Como "Atajo" a un Buen Gobierno Corporativo en las Sociedades Cerradas de América Latina*, Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (20 de mayo de 2020) https://www.derechoyfinanzas.org/la-vir-

mentación de medios digitales en las juntas generales facilitará la participación remota de todos los socios o accionistas en las deliberaciones y procesos de votación, sin importar dónde estos se encontraren. Al respecto cabe señalar que, de acuerdo con un estudio reciente, la calidad del intercambio de información por medios telemáticos es equivalente al intercambio de información que se realiza en reuniones físicas.[42] Por consiguiente, el fomento de reuniones mediante la utilización de esta tecnología permitirá el ejercicio remoto de los derechos de los socios o accionistas sin que exista una afectación en los procesos de intercambio de la información, deliberación y votación en el ámbito de las juntas generales. Bajo aquel contexto, la tecnología *blockchain* fomentará mayor transparencia con relación al registro de las votaciones en el ámbito de las juntas generales o asambleas de accionistas tratándose de una sociedad por acciones simplificada.

Estudios empíricos han demostrado que, en Delaware, alrededor de un 45% de las votaciones en el ámbito de las juntas generales no pueden ser verificadas fehacientemente, por diversos motivos, tales como errores en la tabulación de la votación o una inexacta elaboración de las listas de asistentes.[43] La realidad societaria ecuatoriana no es ajena a estas inconsistencias. La tecnología *blockchain* permitiría sortear estos inconvenientes. La votación a través del *blockchain* se lograría con la entrega de *governance tokens*[44] a los socios o accionistas en un número que representen sus derechos políticos.[45] Posteriormente, los socios o accionistas podrían transmitir su votación a una cuenta en el *blockchain*, misma que, de manera ulterior, podría ser registrada y tabulada de debida forma.[46] En definitiva, la votación vía *blockchain* permitiría solucionar ciertas ambigüedades en la tabulación de las votaciones y reducir oportunidades para manipular los resultados, convirtiéndose en un poderoso instrumento de gobierno corporativo.[47] Es más, la tecnología *blockchain,* con la ayuda de un contrato inteligente, podría automáticamente efectuar la distribución de dividendos si se cumplen determinados parámetros (por ejemplo, una votación mediante *blockchain* para la distribución de utilidades).[48] A nivel internacional, existen aplicaciones como *Otonomos* que permiten la utilización de estructuras de gobierno corporativo basadas en *blockchain* para facilitar la toma de decisiones societarias.[49]

---

tualidad-como-atajo-a-un-buen-gobierno-corporativo-en-las-sociedades-cerradas-de-america-latina-segunda-parte/.

42 Hadar Jabotinsky and Roee Sarel. "Exchanging Information in a Time of Social Distancing: Are Video Conferences a Perfect Substitute for Face-to-face Meetings?" *Oxford Business Law Blog.* (May 27, 2020): 1. https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/05/exchanging-information-time-social-distancing-are-video-conferences

43 Marcel Kahan y Edward B. Rock, "The Hanging Chads of Corporate Voting". *Georgetown Law Journal* 96, no. 164. (Junio 2008): 1227-1279. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/164.

44 Benedict George, "What is a Governance Token?". *CoinDesk*, (Enero 2022): https://www.coindesk.com/learn/what-is-a-governance-token/.

45 Piazza, "Bitcoin and the Blockchain," 293.

46 Ibid.

47 Ibid., 294.

48 Phillip Hacker y Chris Thomale, "Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law". *European Company and Financial Law Review* 15, no.10. (Noviembre 2017): 645. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075820.

49 Para mayor información sobre Otonomos, ver https://otonomos.com/.

Por otro lado, podría facilitarse una ejecución automática de los acuerdos de accionistas, a través de la utilización de contratos inteligentes. En los contratos tradicionales, las partes estarían llamadas a cumplir sus obligaciones bajo la amenaza de una intervención *ex post* de un tercero que ordene su cumplimiento, como las cortes de justicia o los árbitros.[50] Sin embargo, en la práctica este mecanismo de *enforcement* contractual podría resultar costoso e ineficiente y, por consiguiente, existiría el potencial riesgo de oportunismo de ciertos contratantes que, debido a un inadecuado *enforcement* de dichas obligaciones, podrían verse incentivados a incumplir las estipulaciones acordadas previamente.[51] La tecnología *blockchain* podría sortear dichos inconvenientes, al permitir una ejecución automática de los contratos inteligentes.[52]

Básicamente, un *smart contract* es un contrato legalmente vinculante en el que una, varias o todas sus cláusulas, son automáticamente ejecutadas por un programa informático.[53] La regulación de los *smart contracts*, plenamente reconocidos por el artículo 77 del vigente Código de Comercio del Ecuador, es una tendencia creciente a nivel mundial. Por ejemplo, en el Reino Unido, la Comisión Legal de Inglaterra y Gales, recientemente sugirió el uso de los contratos inteligentes para permitir la ejecución automática de estipulaciones contractuales, en todo o en parte, sin intervención humana de ningún tipo.[54]

En esencia, los contratos inteligentes siguen una lógica condicional que permite procesar un conjunto de *inputs* para obtener *outputs* previamente establecidos por las partes[55], si ocurre el hecho X, se ejecuta automáticamente la cláusula Y.[56] Por lo tanto, los contratos inteligentes, al prescindir del factor humano para su ejecución, son más eficientes y otorgan mayor certeza en las relaciones contractuales.[57] En definitiva, los *smart contracts* son un "protocolo de transacción computarizado que ejecuta los términos de un contrato".[58] Por consiguiente, los contratos inteligentes, como herramientas de ejecución automática de obligaciones, reducen costos de transacción debido a que los contratantes pueden codificar sus cláusulas de manera *ex ante* y después la tecnología *blockchain* las ejecuta automáticamente sin su intervención.[59]

---

50 Massimiliano Vatiero, "Smart contracts and transaction costs". *Oxford Business Law Blog*, (Octubre 2018): 1. https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/10/smart-contracts-and-transaction-costs

51 Ibid.

52 Karen E.C. Levy, "Book-Smart, Not Street-Smart: Blockchain-Based Smart Contracts and the Social Workings of Law", *Engaging Science, Technology and Society Journal* 3, No. 3. (Febrero, 2017): 1, https://estsjournal.org/index.php/ests/article/view/107.

53 The Law Commission, *Smart Legal Contracts* (Londres: Law Com, 2021), https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf.

54 Ibid.

55 Alfonso Delgado de Molina y Vicente García Gil, "Los Contratos Inteligentes o Smart Contracts", en *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y Desafíos Regulatorios*, ed. Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 418.

56 The Law Commission, *Smart Legal Contracts*, 3.

57 Levy, "Book-Smart, Not Street-Smart", 1.

58 Nick Szabo, "Formalizing and Securing Relationships on Public Networks", *First Monday* 2, No. 9 (Septiembre 1997): https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469.

59 Vatiero, "Smart contracts and transaction," 1.

La tecnología *blockchain,* con fundamento en el artículo 77 del vigente Código de Comercio[60], podría ser implementada para asegurar, a través de un contrato inteligente, el adecuado cumplimiento de un acuerdo de accionistas de sindicación accionarial, pacto de organización[61] por antonomasia que encausa el ejercicio del derecho de votación en el seno de las juntas generales. Como ha sido explicado en otro artículo, los pactos parasociales, por su origen y naturaleza contractual, se encuentran cobijados por el manto de la relatividad contractual.[62] Por consiguiente, los acuerdos de accionistas, comúnmente, devienen inoponibles para terceras personas[63], incluyendo a la propia compañía. Como excepción, la LC establece que los acuerdos de accionistas serán oponibles a una compañía cuando dichos convenios le hubieren sido debidamente notificados.[64] No obstante, ante una falta de depósito de un acuerdo de sindicación accionarial, el presidente de la junta general, asamblea de accionistas o cualquier otro órgano colegiado de deliberación de la compañía, estaría obligado a computar un voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas válidamente celebrado. Claramente, este régimen podría dar lugar a actuaciones abusivas de alguno de los accionistas sindicados.

Tomando este inconveniente en cuenta, un acuerdo de sindicación accionarial celebrado por intermedio de un contrato inteligente tendría ejecución automática, sin el riesgo de que uno de los accionistas sindicados incumpla dicho convenio.[65] Como se puede observar, la implementación de la tecnología *blockchain* para la celebración de acuerdos de accionistas, al automatizar el *output* previamente acordado por las partes, facilitaría el proceso de toma de decisiones intrasocietarias,[66] reduciendo la propensión al oportunismo de ciertos socios o accionistas que pretendan desconocer, desde una esfera societaria, los efectos de un acuerdo de accionistas válidamente celebrado.

En definitiva, la tecnología *blockchain* tiene un enorme potencial para mitigar los problemas de agencia que existen entre los *corporate insiders* y los *corporate outsiders* dado que, gracias a la automatización de los procesos societarios, permitiría a los principales tomar decisiones sin necesidad de depender de actuaciones del agente.[67] Por este motivo, la tecnología *blockchain* es una poderosa herramienta de gobierno corporativo que permitirá la adopción de decisiones sociales de manera más transparente y eficiente, tutelando a las partes intrasocietarias más desprotegidas en el contexto societario.

---

60 Cf., artículo 77, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.
61 Cf., Cándido Paz-Ares, "El enforcement de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* 5, No.5 (Mayo, 2003): 20, https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf.
62 Paúl Noboa Velasco, "Oponibilidad de los Pactos Parasociales bajo el Ordenamiento Ecuatoriano". *SSRN*, (Junio 2018): 17. https://ssrn.com/abstract=3182072.
63 Ibid.
64 Artículo 191, Ley de Compañías, 1999.
65 Ramírez, *Sociedad por Acciones Simplificada,* 312.
66 Möslein, "Blockchain Applications", 5.
67 Lafarre, "The Modernization of Corporate Governance".

4. Tokenización de las acciones

Como introducción, se hará referencia a las ofertas iniciales de moneda (en adelante ICO, por sus siglas en inglés). A través de una ICO, el promotor o desarrollador de un proyecto emite "derechos representados en activos digitales conocidos como tokens, y recibe normalmente como contraprestación unas criptomonedas de aceptación general en el mercado […]"[68], transacción que tiene lugar a través de una plataforma *blockchain.*[69] De este modo, una acción tokenizada sería la representación digital de dicho título representativo de capital en el *blockchain*. Con este antecedente, cabe señalar que el tenedor de un token –*tokenholder*– sería aquella persona que adquiere un token, bien sea del promotor del proyecto o de un tenedor anterior.[70] Sin perjuicio de esta sencilla definición, resulta más complicado definir con claridad al término *token,* dado que suelen existir respuestas que confunden la funcionalidad del *token* con su naturaleza jurídica.

Por ejemplo, en palabras de Gurrea Martínez y Remolina,[71] esta ha sido una de las confusiones en las que la *Financial Council Authority* (en adelante FCA) del Reino Unido ha incurrido para clasificar a los *tokens* en su Guía sobre Criptoactivos, al proponer la siguiente clasificación: (i) *exchange tokens,* que son los utilizados como tipo de cambio; (ii) *security tokens,* que son los que cumplen los requisitos para ser considerados valores negociables; y (iii) *utility tokens,* que otorgarían derechos sobre un producto o servicio ofertado por el promotor del proyecto.[72] La Guía de la FCA británica parecería confundir la funcionalidad con la naturaleza legal de los *tokens.* Desde un punto de vista legal, los *tokens* solamente podrían ser clasificados como *security tokens* o *non-security tokens,* dependiendo de si cumplen con las condiciones necesarias para ser catalogados como valores negociables, de conformidad con la regulación del mercado de valores de un determinado Estado.[73]

Desde un punto de vista funcional, la Autoridad de Supervisión Financiera Suiza (en adelante FINMA), ha clasificado a los *tokens* de acuerdo con su funcionalidad económica y objetivos.[74] En primer lugar, FINMA considera que

---

68 Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, "Problemática jurídica, financiera y contable de las Ofertas Iniciales de Moneda", en *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y Desafíos Regulatorios*, ed. Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 276.

69 Ibid.

70 Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, "Corporate Governance Challenges in Initial Coin Offerings", en *Technology and Corporate Law: How Innovation Shapes Corporate Activity*, ed. Andrew Godwin, Pey Woan Lee y Rosemary Teele Langford (Northampton, Elgar, 2021), 213.

71 Ibid.

72 Financial Conduct Authority. "Guidances on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3". *Financial Conduct Authority*, No. 3. (Julio 2019), https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf.

73 Cf., Aurelio Gurrea Martínez, "Proposed regulatory framework of cryptoassets in the UK: A critical analysis", *Oxford Business Law Blog*, (Marzo 2019): https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/03/proposed-regulatory-framework-cryptoassets-uk-critical-analysis?utm_source=dlvr.it&utm_medium=linkedin.

74 Swiss Financial Market Supervisory Authority, "Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)", *FINMA*, (Febrero 2018): https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/.

los *payment tokens* o *tokens* de pago, que serían sinónimos de criptomonedas, son aquellos que se utilizan para pagar por un producto o servicio suministrado por el emisor,[75] que podrían gozar de poder liberatorio para cualquier transacción.[76] Por su parte, los *tokens* de utilidad o *utility tokens*, son aquellos que permiten el acceso a un producto o servicio desarrollado por el promotor del proyecto.[77] Para finalizar, los *tokens* de activos o *asset tokens*, representan derechos sobre activos, incluyendo bonos, derivados y los títulos representativos de capital de una compañía.[78] Evidentemente, desde un enfoque funcional, las acciones tokenizadas serían *tokens* de activos, ya que representarían derechos sobre las acciones emitidas por una compañía que hubiere decidido representarlas en certificados tokenizados.

Por su parte, desde un punto de vista legal, los *tokens* solamente podrían ser clasificados como *security tokens* esto es, *tokens* que cumplen con los requisitos para ser considerados valores negociables, *y non-security tokens,* es decir, *tokens* que no cumplen los requisitos antedichos.[79] En otras palabras, la clasificación de un *token* como valor negociable –*security token*– dependerá de la definición de valor negociable prevista en una determinada jurisdicción.[80] Por lo tanto, si un *token* cumple los requisitos establecidos por un Estado para ser considerado un valor negociable, aquel sería considerado como *security token,* mientras que, de no cumplir dichos requisitos, dicha representación digital de activos sería un *non-security token.*[81] Como se puede observar, la emisión de un *security token* deberá cumplir con la regulación del mercado de valores de cada país, mientras que, por evidentes razones, los *non-security tokens* no deberán cumplir dichos requisitos. Por consiguiente, se podría señalar que una sociedad anónima ecuatoriana sería capaz de emitir *security tokens* y *non-security tokens,* dependiendo de si sus acciones, representadas en certificados tokenizados, pueden ser negociados en el mercado de valores. Por su parte, las acciones de sociedad por acciones simplificada ecuatoriana solamente podrían ser consideradas como *non-security tokens,* dado que esta especie societaria tiene una expresa prohibición legal para negociar sus acciones en el mercado público.

Para finalizar, desde una óptica contable y financiera, los *tokens* podrían ser clasificados como *debt tokens* o *equity tokens,* dependiendo de los derechos que dichos tokens confieran a sus tenedores.[82] De esta forma, el tenedor de un *debt token* tendría derecho a percibir una renta fija, mientras que el tenedor de un *equity token* tendría derecho a recibir una renta variable, dependiendo

75 Gurrea y Remolina, "Problemática Jurídica, Financiera y Contable", 278.
76 El Salvador se convirtió en el primer país del planeta en adoptar al Bitcoin como moneda de curso legal. Cf., artículo 1, Ley Bitcoin, Diario Oficial No. 110, de 09 de junio de 2021, https://www.asamblea.gob.sv/leyes-y-decretos/resultado-busqueda/.
77 Gurrea y Remolina, "Problemática Jurídica, Financiera y Contable", 278.
78 Ibid.
79 Cf., Aurelio Gurrea Martínez, "Proposed regulatory framework of cryptoassets".
80 Gurrea y Remolina, "Problemática Jurídica, Financiera y Contable", 279.
81 Ibid.
82 Gurrea y Remolina, "Corporate Governance Challenges", 214.

del resultado de las actividades operacionales del emisor del *token.* En definitiva, desde una óptica financiero-contable, la clasificación de un *token* como deuda o patrimonio neto dependerá de las características de dicho *token,* así como de los derechos que de él se deriven.[83] Evidentemente, las acciones representadas en certificados tokenizados serían *equity tokens,* salvo puntuales excepciones relacionadas con figuras híbridas, como las acciones tokenizadas con dividendo fijo anual de una sociedad por acciones simplificada, que pudieran otorgar un porcentaje fijo de las utilidades de dicha especie societaria, siempre que existireren utilidades disponibles por repartir.[84] Esta precisión es relevante dado que, con fundamento en dicha categorización, los accionistas tenedores de acciones tokenizadas serán considerados acreedores residuales de la compañía en un eventual procedimiento de liquidación, teniendo el derecho a percibir el remanente del haber social únicamente cuando el resto de las acreencias de la compañía hubieren sido cubiertas.[85]

4.1. Distintos enfoques regulatorios para la emisión de tokens

Los reguladores financieros a nivel mundial han establecido estrategias regulatorias distintas para el tratamiento de los *tokens.*[86] Entre dichos modelos regulatorios, Gurrea Martínez y Remolina destacan a los siguientes[87]: (i) enfoque contractual; (ii) uso de prohibiciones; (iii) control selectivo *ex ante;* y (iv) control total *ex ante.*

4.1.1. Enfoque contractual

En primer lugar, el enfoque contractual determina que la emisión de *tokens* estaría permitida sin ninguna clase de validación o autorización por parte de los reguladores, quedando dicha emisión sujeta a las estipulaciones de las partes.[88] Este enfoque, a pesar de reducir costos regulatorios en el proceso de emisión de los *tokens,* podría generar inconvenientes debido a que, dada la ausencia de regulación, los *tokenholders* podrían verse perjudicados por una asimetría informacional derivada de una selectiva divulgación de información por los emisores, quienes podrían revelar información sesgada o de manera oportunista.[89] Así también, este enfoque desprotege a los *tokenholders* debido a que

83 Ibid.
84 Esteban Ortiz Mena y Paúl Noboa Velasco, "Diversas Clases de Acciones en las Sociedades por Acciones Simplificadas del Ecuador", *LawyersEC Magazine* 2, no. 1 (Febrero 2021): 26, https://www.iasocietario.com/post/diversas-clases-de-acciones-en-las-sociedades-por-acciones-simplificadas-del-ecuador
85 Artículo 389, Ley de Compañías.
86 Dirk A. Zetzsche, et al., "The ICO Gold Rush: It's a Scam, It's a Bubble, It's a Super Challenge for Regulators", *Harvard International Law Journal* 63, No. 2 (Noviembre 2017): 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3072298.
87 Gurrea y Remolina, "Problemática Jurídica, Financiera y Contable", 290-295.
88 Ibid., 291.
89 Gurrea y Remolina, "Problemática Jurídica, Financiera y Contable", 290-295.

ellos quedarían por fuera del ámbito de protección de las leyes del mercado de valores, agravando el problema de agencia que podría existir entre ellos, en su calidad de principales, y los emisores de los *tokens,* en su calidad de agentes.[90]

4.1.2. Prohibiciones para la emisión de *tokens*

El segundo enfoque sugiere implementar prohibiciones para la emisión de *tokens*.[91] Como una primera arista de este enfoque –que ha sido adoptado, entre otras jurisdicciones por China[92] y Corea del Sur[93]– se encuentra un marco de prohibición total para la emisión de *tokens,* con el objeto de brindar protección a consumidores y ofrecer estabilidad al sistema financiero en su conjunto.[94] Una prohibición absoluta de las ICOs ha sido criticada debido a que podría reducir el acceso a nuevas formas de financiación y limitar la innovación en la jurisdicción que la adoptare.[95] Una versión menos agresiva de este enfoque consistiría en implementar prohibiciones parciales[96] o temporales para la emisión de tokens, impedir su negociación con determinados actores o imponer requisitos muy elevados que actúen como barreras de entrada para la emisión de *tokens.*[97]

4.1.3. Control total *ex ante* para la emisión de *tokens*

El tercer enfoque sugiere un control total *ex ante* previo a la emisión de *tokens.*[98] De acuerdo con este enfoque, cualquier emisión de *tokens,* independientemente de su clasificación como *security tokens* o *non-security tokens,* debe ser autorizada por el supervisor.[99] Este enfoque podría resultar costoso en función de recursos y de tiempo para los reguladores, quienes deberían adecuar su estructura organizacional a la función de autorizar, de manera *ex ante,* toda emisión de *tokens,* incluyendo las acciones tokenizadas.[100] Adicionalmente, podría suceder que el regulador carezca del conocimiento suficiente en materia de ICOs o que, en ciertas jurisdicciones, existan inconvenientes derivados de autorizaciones indebidas, por cualquier motivo.[101]

---

90 Ibid.
91 Zetzsche, et.al., "The ICO Gold Rush", 8.
92 Lulu Yilun Chen y Justina Lee, "Bitcoin Tumbles as PBOC Declares Initial Coin Offerings Illegal". *Bloomberg*, (Septiembre 2017): https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-04/china-central-bank-saysinitial-coin-offerings-are-illegal.
93 Simon Sharwood, "South Korea bans Initial Coin Offerings", *The Register*, (Septiembre 2017): https://www.theregister.com/2017/09/29/south_korea_bans_initial_coin_offerings/.
94 Gurrea Martinez y Remolina, "Problemática Jurídica, Financiera y Contable", 291.
95 Ibid.
96 Wolfie Zhao. "Russian Finance Ministry Proposes Draft Law on ICO Regulation". *CoinDesk*, (Enero 2018): https://www.coindesk.com/markets/2018/01/26/russian-finance-ministry-proposes-draft-law-on-ico-regulation/.
97 Gurrea y Remolina "Problemática Jurídica, Financiera y Contable", 292.
98 Ibid., 295-296.
99 Gurrea y Remolina "Problemática Jurídica, Financiera y Contable", 296.
100 Ibid., 296.
101 Ibid.

4.1.4. Control selectivo *ex ante* para la emisión de *tokens*

El cuarto enfoque plantea un control selectivo *ex ante,* en el que los emisores solamente deberán obtener la autorización del regulador para la emisión de *tokens* que cumplan con los requisitos para ser considerados valores negociables, mientras que la emisión de otras modalidades de *tokens,* los *non-security tokens,* no estarían sujetos a ninguna autorización previa.[102] Este enfoque, que ha sido adoptado entre otras jurisdicciones por Estados Unidos, Suiza y Singapur;[103] es el que ha sido adoptado por Ecuador.

De acuerdo con la Ley de Mercado de Valores del Ecuador, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS) tiene la atribución de autorizar, en términos generales, la realización de una oferta pública de valores.[104] De este modo, la tokenización de los títulos representativos de capital de una sociedad anónima cotizada debería contar con la autorización del regulador ecuatoriano. Sin embargo, la representación de las acciones de compañías cerradas en certificados tokenizados –incluyendo a las SAS que, como se indicó anteriormente, por expresa prohibición legal, no pueden negociar sus acciones en el mercado bursátil– no requeriría de una autorización de la SCVS, bajo ningún concepto.

Este modelo, en palabras de Gurrea Martínez y Remolina, tiene la ventaja de fomentar la innovación y promover el acceso a nuevas fuentes de financiamiento, otorgando un cierto grado de control al regulador para proteger a los inversores en el mercado público.[105] Ahora, si bien es cierto que los tenedores de *security tokens* en Ecuador quedarían cobijados bajo la protección derivada de la regulación del mercado bursátil, se podría argumentar que los tenedores de acciones tokenizadas no cotizadas en el mercado de valores no gozarían de la misma protección, quedando sujetos a un eventual oportunismo de los correspondientes emisores.[106]

Al respecto, reitero que de conformidad con la LMLC, un accionista de una sociedad anónima o de una sociedad por acciones simplificada ecuatoriana podrá ser el tenedor de acciones tokenizadas. Por estas consideraciones, ellos deberían ser considerados "tenedores de fondos propios a los efectos económicos y ostentadores de derechos en lo político, sin ninguna diferencia respecto de los *shareholders* o accionistas societarios tradicionales […]".[107]

102 Ibid., 293.
103 Ibid.
104 Cf., artículo 10, numeral 7, Ley de Mercado de Valores de Ecuador, R.O. 332, 12 de septiembre de 2014.
105 Gurrea y Remolina, "Problemática Jurídica, Financiera y Contable," 294.
106 Ibid.
107 Gurrea y Remolina, "Problemática Jurídica, Financiera y Contable," 294.

Es decir, la ausencia de representación cartular de los títulos representativos de capital emitidos por una compañía no afectaría su condición de accionistas,[108] por lo que los tenedores de acciones tokenizadas continuarían bajo el imperio de las normas estatutarias y legales aplicables a su relación con la compañía.[109] Por lo tanto, los tenedores de acciones representadas en certificados tokenizados gozarían de las mismas protecciones y salvaguardias establecidas en la LC para todos los accionistas,[110] incluyendo a las acciones derivadas,[111] el proceso de la mayoría de la minoría para la aprobación *ex ante* de las transacciones entre partes vinculadas[112] o el acceso a la información societaria derivada de su condición de accionistas. De esta forma, el marco de control selectivo *ex ante* adoptado en Ecuador reporta varias ventajas, al conjugar en debida forma el acceso a nuevos métodos de financiación con un claro marco de protección a los correspondientes tenedores de acciones representadas en certificados tokenizados.

5. Conclusión

La LMLC ha situado al Ecuador a la vanguardia de la regulación societaria internacional, entre otros motivos, gracias al reconocimiento expreso de la tecnología *blockchain* para asuntos societarios. Por un lado, la regulación societaria ecuatoriana permite la implementación del *blockchain* como un instrumento de gobierno corporativo. Dicha implementación permitirá automatizar la adopción y ejecución de resoluciones sociales, facilitará el ejercicio de los derechos políticos, económicos e informacionales de los socios o accionistas y mitigará los problemas de agencia al eliminar la participación del agente dentro de los procesos societarios. Por otro lado, Ecuador permite la tokenización de las acciones, que básicamente supone la representación digital de los títulos representativos de capital de una compañía mediante la tecnología *blockchain.* Esta posibilidad podría "suponer un excepcional y novedoso medio de financiar proyectos mediante la descentralización de toma de decisiones",[113] dinamizando sus procesos de transferencia y fomentando mayor transparencia sobre la inscripción registral de dichas cesiones en los registros societarios incorporados en la tecnología *blockchain.*

108 Cf., U.S. Securities and Exchange Comission, *Framework for "Investment Contract" Analysis of Digital Assets* (Washington D.C.: SEC, 2019), https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets#_edn5.

109 Ibid.

110 Cf., Jairo Daniel Carreño Monsalve, "Ley de Modernización a la Ley de Compañías, cómo Ecuador pasó a estar a la Vanguardia del Derecho Societario en América Latina y lo que Significa para la Región", *UNA Revista de Derecho* 6, No.1 (Junio 2021): 136-164, https://una.uniandes.edu.co/images/sextaedicion/5carreno2021.pdf.

111 Paúl Noboa Velasco. "La Implementación de las Acciones Derivadas en Ecuador". *Blog Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, (Agosto 2021): https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/.

112 Paúl Noboa Velasco. "Regulación de las Operaciones entre Partes Relacionadas en el Derecho Societario del Ecuador". *Blog Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, (Enero 2021): https://www.derechoyfinanzas.org/regulacion-de-las-operaciones-entre-partes-relacionadas-en-el-derecho-societario-del-ecuador/.

113 Ricardo Torres. "Problemática jurídica de las ICOs: Un análisis desde el Derecho de sociedades." *Blog Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, (Marzo 2018): https://www.derechoyfinanzas.org/problematica-juridica-de-las-icos-un-analisis-desde-el-derecho-de-sociedades/.

La irrupción de la tecnología en el Derecho Societario ecuatoriano facilitará el acceso a nuevas fuentes de financiamiento, promoverá la innovación empresarial en el país, reducirá la propensión al oportunismo de ciertos agentes y permitirá la automatización de procesos societarios. Sin duda, nuestro país se beneficiará de una moderna regulación societaria que, entre otros aspectos, permite la utilización del *blockchain* para varios fines, incluyendo asuntos de gobierno corporativo y la representación de las acciones de una sociedad anónima y de una sociedad por acciones simplificada en certificados tokenizados. Por ésta y muchas otras razones, la reforma societaria implementada en 2020 ha marcado un antes y un después en el Derecho Societario del Ecuador.

USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Transacciones entre partes relacionadas: el poder de la minoría desinteresada

Related party transactions: the power of the disinterested minority

Juan Esteban Navas Naranjo*

Recibido / Received: 31/01/2022
Aceptado / Accepted: 18/05/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2582

Citación:
Navas Naranjo, J.E. «Transacciones entre partes relacionadas: el poder de la minoría desinteresada». *USFQ Law Review, Vol 9,* no 1, julio de 2022, pp. 61-90, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2582

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: juanavas99@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-6549-1387

Resumen

Las transacciones entre partes relacionadas son un tipo de autocontrataciones utilizadas por los accionistas mayoritarios en desmedro de los minoritarios. Ecuador es el primer país latinoamericano en regular estas transacciones, sirviendo como referencia para países vecinos. Sin embargo, su regulación se queda corta al regular una lista taxativa de transacciones, dejando de lado otros tipos de conflictos que podrían surgir. Así también, la regulación ecuatoriana da mucha más importancia a los administradores que a los socios mayoritarios, evidenciando una incompleta legislación para brindar soluciones al problema de agencia que existe entre asociados, mas no entre los asociados y los administradores. Este ensayo analiza los mecanismos existentes del derecho comparado para mitigar este abuso de los socios controladores. Por lo mismo, se analiza la divulgación de información, la aprobación *ex ante* de la mayoría de la minoría y revisión judicial, para determinar qué mecanismo es más idóneo en el contexto ecuatoriano.

Palabras clave

Transacciones entre partes relacionadas; autocontrataciones; *tunneling*; socios controladores; mayoría de la minoría

Abstract

Related party transactions are a type of self-dealing operations used by majority shareholders to the detriment of minority shareholders. Ecuador is the first Latin American country to regulate these transactions, serving as a reference for neighboring countries. However, its regulation falls short by regulating an exhaustive list of transactions, leaving aside other types of conflicts that could emerge. Likewise, Ecuadorian regulation gives much more importance to directors than to majority shareholders, evidencing an incomplete legislation to provide solutions to mitigating the agency problem that exists between shareholders, instead of regulating the conflicts of interest among shareholders and the company's directors. This essay examines the existing mechanisms in comparative law that mitigate this type of abuse from controlling shareholders. For this reason, the disclosure of information, ex ante approval: through the majority of the minority and ex post judicial review are analyzed, to determine which mechanism is more suitable for the Ecuadorian context.

Keywords

Related party transactions; self-dealing; tunneling; controlling shareholders; majority of the minority

1. Introducción

La Ley de Modernización a la Ley de Compañías (en adelante, Ley) fue un avance enorme en el derecho societario ecuatoriano, pues generó mecanismos para que socios y accionistas minoritarios puedan defenderse de los accionistas mayoritarios.[1] Uno de los avances más destacados de esta ley fue regular las transacciones entre partes relacionadas, un tipo de *tunneling*[2] que, al menos con relación a los administradores sociales, estaba absolutamente prohibido previo a esta ley. Este tipo de transacciones son herramientas utilizadas por los asociados que podrían, en ciertas ocasiones, beneficiar a la compañía; sin embargo, son mayormente utilizadas por los socios controladores para extraer valor de la compañía, perjudicando a los demás asociados.

Existen varios tipos de autocontrataciones por las cuales los *corporate insiders*[3] se pueden beneficiar directa o indirectamente, por ejemplo, contratar a un familiar para que ejerza el rol de administrador de la compañía, pactándose un sueldo a su favor extremadamente superior del que obtendría otro administrador externo a la familia del asociado o asociados mayoritarios.

Naturalmente, los socios controladores son quienes poseen más del 50% del capital de la compañía,[4] por lo que no necesitarían el voto favorable o la anuencia de otros socios para aprobar este tipo de transacciones abusivas. Para evitar esto, la Ley de Modernización a la Ley de Compañías brinda a los socios o accionistas minoritarios el siguiente mecanismo para defenderse: el 100% de este grupo debe aprobar *ex ante* una transacción entre partes relacionadas, sin la participación del accionista beneficiado.[5] El mecanismo mencionado solo existe ante los casos donde exista un gravamen o enajenación de un bien social a favor de un accionista mayoritario.[6] De esta forma, se limita el poder de aprobación de los accionistas controladores respecto a este tipo de transacción, en el que ellos, de no existir este régimen, podrían abusar de su posición de dominio para beneficiarse, directa o indirectamente, a expensas de los intereses de la compañía. Sin embargo, cabe mencionar que la unanimidad de aprobación por parte de los minoritarios podría dar paso a un abuso de su parte.

A pesar de tener este avance en cuanto a la aprobación *ex ante* de ciertas operaciones entre partes vinculadas conferida a los socios o accionistas minoritarios,

---

1 Jairo Daniel Carreño, "Ley de Modernización a La Ley de Compañías, cómo Ecuador pasó a estar a la Vanguardia del Derecho Societario en América Latina y lo que significa para la Región", *UNA Revista de Derecho* 6, No. 1 (Abril 2021): 139, https://una.uniandes.edu.co/images/sextaedicion/5carreno2021.pdf.

2 Mecanismo mediante el cual se extrae valor de la compañía.

3 Aquellos con poder o control dentro de una compañía.

4 Paúl Noboa Velasco, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, Blog (Agosto 2021): https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/.

5 Artículo 261, Ley de Compañías, R.O. Suplemento 312 de 5 de noviembre de 1999.

6 Artículo 261, Ley de Compañías, 1999.

la Ley de Compañías (en adelante LC) no brinda este mecanismo de defensa para otro tipo de transacciones donde exista un conflicto entre el interés individual del socio o accionista controlador y el interés de la compañía en su conjunto. Siempre que un accionista contrate directa o indirectamente con la compañía, poniendo su interés por sobre el de ella, existirá un conflicto.

En lugar de establecer un marco genérico que determine un régimen de aprobación previo para una operación entre la compañía y un *corporate insider* que podría estar viciada por un conflicto de interés, la Ley se ha limitado a enumerar una lista taxativa de transacciones que las compañías podrían celebrar con las personas que las administran, estableciendo cómo deberían darse para que sean permitidas. Por su parte, la LC, en su artículo 261, literal h), si bien reconoce un mecanismo para proteger a los socios o accionistas no controladores, solamente ha efectuado dicho reconocimiento para las operaciones que versaren sobre la enajenación o gravamen de los activos sociales hacia los accionistas. En otras palabras, en las transacciones que no involucren la enajenación o gravamen de bienes de la compañía, los socios o accionistas no controladores[7] no tienen forma de evitar que los mayoritarios las aprueben, adelantando su propio beneficio por sobre el interés de la compañía.

Otra falta en la actual regulación ecuatoriana es que la ley menciona de manera prioritaria a los administradores, dando menos importancia a los asociados. Esta imprecisión no atiende de manera ideal a los problemas de agencia que se dan en Ecuador.

La nueva regulación dada por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías permite frenar el abuso que tienen los socios o accionistas mayoritarios al momento de aprobar ciertos tipos de transacciones que los beneficiarían. A pesar de esto, es evidente que la regulación de cualquier transacción entre partes vinculadas que pudiera estar viciada por un conflicto de interés requiere de un mayor desarrollo normativo en Ecuador para así combatir el problema de agencia[8] que rige entre socios o accionistas mayoritarios y minoritarios. Por lo mismo, se analizarán otros mecanismos para determinar cuál responde de mejor manera a esta problemática.

En el derecho comparado, algunos ordenamientos no permiten que los socios o accionistas minoritarios aprueben las transacciones de la compañía ya que –por su condición de asociados no controladores– tienen acceso a menos información.[9] Esta asimetría informacional resultaría en que los socios menos informados aprueben transacciones importantes. En otros escenarios, se teme

7 Que usualmente son los minoritarios.
8 Aquellas tensiones que existen entre las partes del contrato social donde una parte depende de la otra.
9 Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (New York: Oxford University Press, 2017), 29.

que los minoritarios abusen de su facultad de aprobación, resistiéndose de manera oportunista.[10] Otros ordenamientos divulgan la información de las transacciones entre partes relacionadas de manera pública a todo el mercado, para que de esta forma los socios o accionistas minoritarios tomen mejores decisiones de manera más informada ante la aprobación de estas transacciones.[11]En cambio, otros ordenamientos dan prioridad al *enforcement*[12] para que exista control *ex post* tras una transacción abusiva.[13]

Sabiendo que aún existen mejoras por hacer,[14] surge la siguiente pregunta de investigación ¿Sería óptimo proporcionar a los asociados desinteresados[15] la habilidad de aprobar *ex ante* toda transacción donde exista un conflicto de interés entre el socio mayoritario y la compañía?

Para responder la pregunta de investigación, se empleará una metodología deductiva, analizando los problemas de agencia latinoamericanos, y sistema de capital concentrado para establecer una mejor solución a la normativa vigente. Posteriormente, se analizará el derecho comparado de varios países sobre el control *ex ante*, *ex post* y divulgación de información que se procuran a las transacciones entre partes vinculadas. De esta manera, se estructurará una posible reforma a la normativa ecuatoriana. Para efectos de este ensayo, los términos accionista y socio se utilizarán como sinónimos.

2. Normas Relevantes

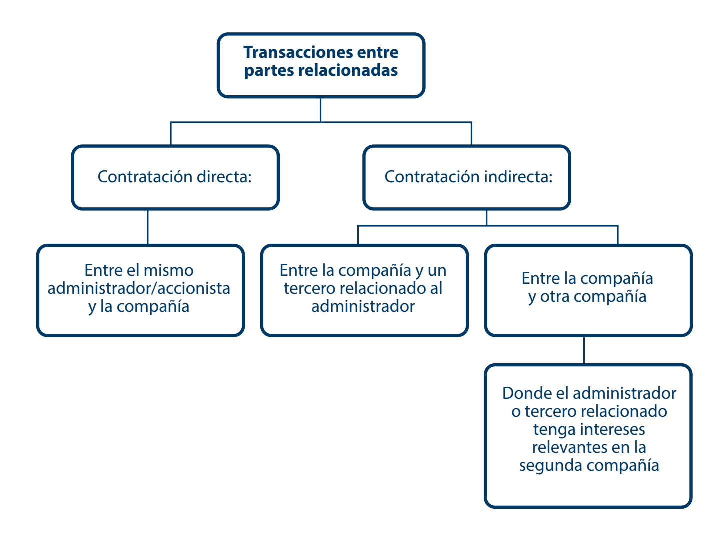
Para tener un mejor entendimiento de la figura de las transacciones entre partes relacionadas y cómo estas se dan entre los socios controladores y no controladores, se tiene que estudiar y analizar el artículo 261 de la LC. Es necesario mencionar que la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, vigente a partir de su publicación en el Registro Oficial el 10 de diciembre de 2020, reformó varios artículos de la LC. Es así como la figura de las transacciones entre partes relacionadas tuvo un giro diametral a través de la modernización del Derecho societario ecuatoriano, como lo demuestra su artículo 47.[16] Cabe señalar que esta regulación ha sido considerada como un gran avance en Latinoamérica, dado que el esquema adoptado por Ecuador es relativamente nuevo en la región.[17]

10 Ibid.
11 Ibid., 147.
12 Aplicación de mecanismos legales vigentes.
13 Kraakman et al., *Anatomy*, 165.
14 Carreño, "Ley de Modernización", 158.
15 Aquellos asociados que no tienen un conflicto de interés dentro de la transacción entre partes relacionadas.
16 Artículo 47, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, R.O. Suplemento 347 de 10 de diciembre de 2020.
17 Carreño, "Ley de Modernización", 142.

2.1. Ley de Compañías

Como ha sido mencionado anteriormente, el artículo 261 vigente de la LC[18] regula a las transacciones entre partes relacionadas. En principio, los administradores, de conformidad con el mencionado artículo, no podrán negociar o contratar de manera directa o indirecta con la sociedad que administren. Esta división[19] separa a dos distintos tipos de contratación que pueden surgir entre las partes. La ley es clara, estableciendo la implicación de esta diferenciación. Por su parte, conforme fue indicado anteriormente, el literal h) de dicho artículo también establece un marco para regular la enajenación o gravamen de los activos sociales en beneficio de los accionistas de una compañía anónima.[20]

Contratación directa e indirecta dentro de las transacciones entre partes relacionadas



Fuente: Elaboración propia a partir del artículo 261 de la LC.

En cuanto a la contratación o negociación directa, se la entiende por la autocontratación que únicamente involucra al administrador y a la compañía, tal como lo demuestra el Gráfico No. 1. De manera ejemplificativa, si el administrador ofrece sus servicios profesionales como consultor a la compañía, existiría una tensión directa que caería dentro de la categoría de la autocontratación. En otras palabras, el administrador no utiliza a un tercero como un medio para extraer valor de la compañía; este lo hace directamente.

18 Artículo 261, Ley de Compañías, 1999.

19 Contratar de forma directa o indirecta.

20 Según reenvíos normativos, esto también va dirigido a las compañías limitadas y a las SAS, conforme el artículo 142 y artículo innumerado titulado Remisión, ambos de la Ley de Compañías respectivamente.

Si un administrador o –cuando correspondiere– un accionista, negocia con la compañía mediante un tercero, entonces se cumple la contratación indirecta. La ley establece de manera taxativa a quiénes se les considera terceros relevantes para que exista un conflicto de intereses entre la compañía y el administrador, o cuando correspondiere, un accionista, estableciendo dos supuestos: i) la concurrencia de una persona natural relacionada o ii) la celebración de un contrato con una persona jurídica relacionada.

El literal a) del mismo artículo establece que habrá una contratación indirecta con el administrador cuando la operación se realice entre su "cónyuge, conviviente legalmente reconocido o cualquier pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad"[21] y la compañía que administrare. En adelante a esta categoría de personas se las denominará *terceros relacionados*. Entonces, si la compañía contrata con el esposo, suegro, primo, cuñada, etc. del administrador, se cumple la autocontratación de manera indirecta.

Esta categoría no concluye con las personas naturales, sino que también incluye a las personas jurídicas. Esto quiere decir que, si la compañía comienza una operación contractual con otra sociedad mercantil donde el mismo administrador o terceros relacionados "tuvieren intereses relevantes [...] o les correspondieren facultades decisorias"[22] dentro de la segunda sociedad, se cumpliría con el segundo tipo de contratación indirecta.

Según el artículo, existen intereses relevantes cuando el administrador o los terceros relacionados, "de manera individual o conjunta, fueren propietarios del cincuenta y uno por ciento o más de las participaciones, acciones, cuotas de interés, títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad"[23] con la que se contrate. Entonces, por ejemplo, si la compañía X vende un terreno a valores inferiores del mercado a la compañía Y, donde el accionista mayoritario de esta segunda sea la suegra del administrador de la compañía X, se cumple con el supuesto de contratación indirecta por intermedio de una persona jurídica.

La regla general es que los administradores no podrán negociar de manera directa o indirecta con la compañía que administraren. Sin embargo, el artículo 261 incluye algunas excepciones a esta regla, a saber: i) los contratos de mutuo donde la compañía sea la mutuaria,[24] ii) la prestación de servicios profesionales donde el administrador o terceros relacionados pacten condicio-

21 Artículo 261, literal a), Ley de Compañías, 1999.

22 Id., literal b).

23 Esto implica que un tercero relevante puede poseer 51% de las acciones o puede sumarse este porcentaje entre dos o más accionistas de la otra empresa.

24 Si fuera viceversa, donde el administrador sea el mutuario, existiría un inconveniente ya que se cumpliría con el *cash flow* o *asset tunneling in*, dependiendo de los efectos causados.

nes normales de mercado, iii) la enajenación o gravamen de activos sociales a favor del administrador,[25] bajo ciertas condiciones, entre otras transacciones.

La enajenación o gravamen de activos sociales a favor de partes vinculadas a una compañía posee algunas nociones que merecen ser mencionadas. En primer lugar, el literal h) del artículo 261 especifica que esta enajenación o gravamen requerirá del "voto favorable de la totalidad del capital social" dentro de junta general.[26]

En segundo lugar, llegando al final del artículo 261, la LC menciona por primera vez a los accionistas. El penúltimo inciso de este artículo establece que "la enajenación o gravamen de los activos sociales en favor de un accionista, fuere directa o indirectamente, se regirá al procedimiento previsto en este literal".[27] Como se discutirá más adelante, este pasaje de la LC reconoce el problema de agencia que existe entre asociados controladores y no controladores, explicándose la inclusión de los accionistas al final del artículo.

En tercer lugar, el literal h) del artículo 261 de la LC establece que "el accionista directa o indirectamente interesado no podrá participar en la votación".[28] Así, "los accionistas que no tuvieren prohibición de votar constituirán el cien por ciento del capital social habilitado para tomar la decisión".[29] En otras palabras, la LC ha excluido de la aprobación de la transacción al accionista directa o indirectamente interesado en ella. Por lo tanto, los accionistas desinteresados serán los únicos llamados a autorizar dichas operaciones.

En cuarto lugar, si no se respetaren estas disposiciones[30] en cualquier operación que versare sobre la enajenación o gravamen de los activos sociales celebrada entre un administrador o accionista con la compañía, esta adolecerá de nulidad relativa. La nulidad relativa puede sanearse tácita o expresamente.[31] En este caso, "puede ser saneada con su aprobación posterior, que, en todo caso, corresponderá a los votos favorables de la totalidad de socios o accionistas no interesados directa o indirectamente en la operación".[32]

Por otro lado, con relación al requisito de divulgación de información, existen medios por los que los socios o accionistas puede acceder a información relevante de la compañía, como por ejemplo acceder a copias certificadas de las actas de juntas.[33] Sin embargo, esta recopilación de información no es

25 *Asset tunneling out*.
26 Artículo 261, literal h), Ley de Compañías, 1999.
27 Id., artículo 261.
28 Id., literal h).
29 Id., artículo 261.
30 Que la totalidad del capital vote a favor y que los accionistas directa o indirectamente relacionados no formen parte de este porcentaje habilitado para votar.
31 Artículo 1700, Código Civil, R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.
32 Carreño, "Ley de Modernización", 158.
33 Artículo 15, Ley de Compañías, 1999.

específica para las transacciones entre partes relacionadas, por lo que se hace énfasis en el artículo 271.3 de la LC. El precepto detalla qué información se debe incluir en el informe anual de gobierno corporativo de la compañía, en los casos en que ella contare con un Directorio. El literal e) de dicho artículo establece que se debe incluir un "detalle de cualquier hecho material asociado a un conflicto de intereses o a beneficios producto de una transacción con partes relacionadas".[34] De esta forma, los accionistas estarán al tanto de los conflictos de intereses en relación con las transacciones entre partes relacionadas de manera posterior y únicamente ante la presencia de un Directorio.

2.2. Normas del Buen Gobierno Corporativo

En Ecuador, las normas para el Buen Gobierno Corporativo emitidas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS) establecen que, al existir una transacción que ascienda por lo menos al 10% de los activos de la compañía que se realice entre la compañía y una parte vinculada,[35] se requerirá de un informe de un revisor externo,[36] ajeno a la compañía e independiente de las partes, cuyo informe deberá ser procesado por el Comité de Auditoría.[37] De esta manera, un tercero independiente realizaría un reporte para informar a los demás asociados sobre esta transacción. Es así como "el requerimiento de una revisión independiente de transacciones con partes relacionadas permitirá a los asociados no controlantes [...] tomar decisiones debidamente informadas al momento de votar por su aprobación".[38] Las demás transacciones, que no superen el 10%, quedan descuidadas.

3. Desventajas, ventajas y regulación de transacciones entre partes relacionadas

Las transacciones entre partes relacionadas son figuras que tienen que regularse cuidadosamente dado que podrían ser perjudiciales o beneficiosas para una compañía, dependiendo el caso. Pueden ser perjudiciales porque los socios o accionistas mayoritarios podrían utilizarlas para expropiar los bienes de la compañía en desmedro de los minoritarios.[39] Podrían ser beneficiosas cuando los socios mayoritarios contratan con la compañía y esta transacción es la más ventajosa, o incluso, la única disponible con el fin de evitar, por ejemplo, que

34 Id., artículo 271.3.
35 Como por ejemplo un administrador o accionista significativo.
36 Persona natural o jurídica que cumpla los requisitos de ley.
37 Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros Sección 6.5: Operaciones con partes vinculadas, Suplemento Institucional, 5 de abril de 2021.
38 Paúl Noboa-Velasco, "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano", *Instituto Iberoamericano Derecho y Finanzas*, Working Papers (Enero 2020): 31, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513599.
39 Aurelio Gurrea-Martínez y César Coronel Jones, "Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, Working Papers (Junio 2019): 11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3383861.

terceros ajenos a la esfera societaria conozcan sus secretos comerciales.[40] Más adelante se profundizarán estos supuestos. Como se puede apreciar, no toda transacción entre partes relacionadas es perjudicial.

La extracción injustificada de valor de la compañía se conoce como *tunneling,* encontrándose las transacciones entre partes vinculadas dentro de esta categoría, lo cual crea una relación de género y especie entre ambas.[41] Entendiéndose que existen varias formas de *tunneling*, no tendría sentido negar las transacciones entre partes relacionadas, ya que los socios o accionistas controladores podrían idearse otras vías expropiatorias para extraer valor de la compañía.[42]

En el Derecho comparado se establecen varias formas de regular esta figura, que varían entre dar una respuesta *ex ante* o *ex post* a la transacción. De manera *ex ante*, se podrían manejar mecanismos para divulgar la información a la que los socios tendrían acceso para realizar o aprobar estas transacciones,[43] acción que genera transparencia y control.[44] De manera *ex post*, se recurre al *enforcement*[45] societario para asegurar una adecuada ejecución de los mecanismos procesales disponibles para proteger a los socios no controladores.[46]

Por ejemplo, en Francia y en Japón la ley prevé que los directorios desinteresados aprobarán las transacciones que no fueran rutinarias entre la compañía y directores o gerentes generales.[47] Para Francia, los directorios también aprobarán transacciones realizadas entre la compañía y los accionistas mayoritarios.[48]

3.1. Autores relevantes

De acuerdo con los profesores Luca Enriques, Gerard Hertig, Hideki Kanda y Mariana Pargendler podrían existir varias formas en las que las transacciones entre partes relacionadas se podrían manifestar.[49] Las primeras, denominadas autocontrataciones,[50] son aquellas realizadas entre partes relacionadas donde los administradores y los accionistas controladores negocian con la compañía.[51] Las segundas son transacciones en donde las partes relacionadas pueden apropiarse del valor perteneciente a la compañía, aprovechándose de oportunidades corporativas y negociando sus acciones a través de información privilegiada.[52]

40 Kraakman et al., *Anatomy*, 146.
41 Ibid., 145.
42 Ibid., 146.
43 Ibid., 147
44 Ibid., 147.
45 Ibid., 161.
46 Gurrea et al., "Propuesta", 63.
47 Ibid., 154.
48 Article L225-38, *Code de commerce.*
49 Kraakman et al., *Anatomy*, 145.
50 Gaceta Societaria. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Doctrina 126, octubre 2018, 289.
51 Kraakman et al., *Anatomy*, 145.
52 Ibid.

En cuanto a la auto-negociación o autocontratación, la Ley debería preocuparse de que un administrador influyente o un accionista controlador negocie con la compañía en condiciones normales de mercado, en lugar de ejecutar una transacción en condiciones menos favorables que las que se podrían obtener en una negociación normal con un tercero no relacionado.[53]

Por otro lado, Vladimir Atanasov, Bernard Black y Conrad S. Ciccotello explican que la extracción de activos implica transacciones de auto-negociación que expropian activos significativos de la compañía por debajo del valor razonable.[54] Esta extracción puede incluir tanto activos tangibles como intangibles.[55] Los primeros incluyen propiedad, plantas y equipamiento que se pueden conseguir con mejores beneficios que aquellos que no tienen ninguna relación con la compañía.[56] En cuanto a los segundos, se incluye proporcionar secretos comerciales u otra propiedad intelectual a partes relacionadas con un descuento y así también desviar oportunidades comerciales a las partes relacionadas.

Johnson, Simon, Rafael La Porta, Florencio López-de-Silanes y Andrei Shleifer muestran que los socios controladores pueden permitir ciertas acciones que los beneficiarían.[57] Es así como los socios de control, por ejemplo, podrían aprovechar esta condición y extraer flujo de caja de la compañía en su propio provecho, sustrayendo recursos y la propiedad de la compañía que controlan.[58]

Conforme las explicaciones de Paúl Noboa, las sociedades ecuatorianas tienen un mayor problema de agencia entre los accionistas o socios controladores y aquellos que no lo son.[59] Los socios de control pueden enajenar sus bienes a la compañía, por valores superiores del mercado o en contraposición, comprar bienes de la compañía con notoria infravaloración, perjudicando a la misma.[60] Es por esto que existen distintos mecanismos para que los socios o accionistas minoritarios se protejan de estas conductas, como por ejemplo, a través de un marco de aprobación *ex ante* por los socios no interesados en esta operación.[61]

53 Ibid.

54 Vladimir Atanasov, Bernard Black y Conrad Ciccotello, "Unbuilding and Measuring Tunneling", *University of Illinois Law Review* (Enero 2014): 1704, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1030529.

55 Ibid.

56 Ibid.

57 Simon Johnson et. al, "Tunneling", *The American Economic Review*, No. 2 (Mayo 2000): 2, https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.90.2.22.

58 Johnson et al., "Tunneling", 2.

59 Paúl Noboa Velasco, "Regulación de las operaciones entre partes relacionadas en el Derecho Societario de Ecuador", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, Blog (Enero 2021): https://www.derechoyfinanzas.org/regulacion-de-las-operaciones-entre-partes-relacionadas-en-el-derecho-societario-del-ecuador/.

60 Por ejemplo, cuando se autoriza un contrato de mutuo donde el socio controlador es el mutuario y la compañía es la mutuante.

61 Noboa, "Regulación".

4. Tipos de Problemas de Agencia

Una de las funciones del Derecho de Sociedades es "la reducción de los conflictos que pueden surgir entre las diferentes partes involucradas en el contrato social".[62] Estos problemas usualmente ocurren cuando una parte, principal o mandante, depende de la acción de otro, agente o mandatario, y este afecta el bienestar del principal.[63] En la dinámica de los problemas de agencia, el principal le encarga a otro, el agente, "la realización de una o varias prestaciones específicas"[64] en su favor.[65]

A estos problemas entre las partes se los conoce como *agency problems*, problemas de mandato o problemas de agencia.[66] Existen tres problemas de agencia:[67] i) aquellos derivados entre los administradores y accionistas; ii) problemas derivados entre los accionistas mayoritarios y minoritarios; y iii) conflictos que se desencadenan entre la sociedad y terceros. Estos terceros incluyen a empleados, consumidores, el medio ambiente, etc. Se utilizan diversos mecanismos legales, contractuales y de mercado para mitigar los distintos tipos de conflictos de forma *ex ante* y *ex post*.[68]

Usualmente, el agente tiene acceso a más información para la toma de decisiones, lo que le permitiría tomar decisiones oportunistas a su provecho, en lugar de actuar en procura de los intereses de los principales.[69] Dicha desigualdad informacional es conocida como asimetría de información. Ante este fallo de mercado, "el problema radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de que aquel obre en su propio interés".[70] Como se analizará a continuación, los problemas de agencia son diferentes dependiendo el patrón de propiedad accionarial que exista en una jurisdicción determinada.[71]

4.1. Modelos de capital disperso y concentrado

Los problemas de agencia están definidos por el modelo de capital que la compañía siga.[72] Existen dos modelos, aquellos que concentran su capital y aquellos que lo dispersan.[73] Las consecuencias que nacen de los sistemas de dispersión de capital difieren de los sistemas de concentración de capital.

62 Gurrea et al., "Propuesta", 9.
63 Kraakman et al., *Anatomy*, 29.
64 Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho* Societario (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012), 66.
65 Ibid.
66 Ibid.
67 Ibid., 69-70.
68 Gurrea et al., "Propuesta", 9.
69 Reyes, *Análisis Económico*, 66.
70 Ibid., 65.
71 Noboa, "Problemas de Agencia", 4.
72 Reyes, *Análisis Económico*, 37.
73 Ibid.

Sistemas de capital

Sistemas de dispersión de capital	Sistemas de concentración de capital
Separación entre propiedad y control (Estados Unidos y Reino Unido)	Control ejercido por accionistas mayoritarios (Europa Continental, América Latina, etc.)

Fuente: Tomado de Francisco Reyes, *Análisis Económico del Derecho Societario*, 37.

En las compañías que siguen el modelo de capital disperso, los problemas de agencia se dan por "problemas relativos a la disimilitud de intereses entre administradores y accionistas".[74] Hay una disquisición "entre la titularidad del capital y el control sobre la sociedad"[75] ya que los administradores y accionistas pertenecen a diferentes grupos. En este sistema, las compañías participan en mercados bursátiles altamente desarrollados, existiendo un sinnúmero de accionistas generalmente con participaciones muy pequeñas dentro de la compañía.[76] Se dice que su capital es disperso por la enorme cantidad de accionistas que existen en estas compañías. En este modelo, los administradores crean conflictos al establecer remuneraciones exorbitantes para su beneficio, al propender a la usurpación de oportunidades de negocio de la compañía o al atrincherarse en sus cargos,[77] en claro perjuicio de los intereses de los accionistas.

Las compañías que siguen el modelo de concentración de capital desarrollan otra dinámica. Existe una concentración del capital patrimonial entre menos accionistas, por lo que "la titularidad de las acciones por parte del principal o principales accionistas supera el cincuenta por ciento"[78] de la compañía. A pesar de que los minoritarios pueden servir como bloqueos para el desarrollo de las operaciones comerciales de la compañía, los causantes principales de este problema son los socios o accionistas controladores. Estos últimos, partiendo de su posición de dominio, pueden libremente controlar las decisiones de la compañía ya que poseen más de la mitad de los votos en el ámbito de las juntas generales.[79]

En este modelo no es relevante la diferencia entre accionistas y administradores, ya que los mayoritarios: i) ejercen el rol de administrador directamente o ii) controlan de cerca a los administradores.[80] Los accionistas mayoritarios

74 Reyes, *Análisis Económico*, 37.
75 Ibid., 38.
76 Ibid.
77 Ibid., 37.
78 Ibid., 38.
79 Gurrea et al., "Propuesta", 56.
80 Noboa, "acciones derivadas".

gozan de poder suficiente para influir en las decisiones tomadas por la compañía, y si fuere requerido, pueden remplazar a los administradores que no sigan sus directrices.[81] En este orden de ideas, los conflictos que surgen entre accionistas y administradores no son tan relevantes ya que los administradores pueden llegar a ser una extensión de la voluntad de los socios mayoritarios.[82] Los problemas que enfrenta el sistema de concentración de capital son las conductas oportunistas de los mayoritarios, su control de recursos, suministro de información selectiva o restrictiva, en evidente perjuicio de los minoritarios.[83]

4.2. Problema de agencia en Latinoamérica

Según lo visto en el Gráfico No. 2, Latinoamérica muestra seguir el sistema de concentración de capital, y Ecuador no es la excepción. Los sistemas iberoamericanos tienen varias compañías que son familiares y de titularidad estatal[84] por lo que "los administradores normalmente son los propios accionistas, o éstos últimos tienen incentivos para vigilar estrechamente a los administradores, habida cuenta de que la riqueza de la familia (o del Estado) puede estar en juego".[85] Por lo tanto, Ecuador cae dentro de los problemas de agencia derivados de las compañías cerradas: el conflicto entre los asociados controladores y no controladores.

4.3. Mitigación de problemas de agencia en sistemas concentrados de capital

La manera de mitigar los oportunismos de los socios o accionistas controladores es mediante la creación de un contrapeso.[86] Los profesores Henry Hansmann, Reinier Kraakman, Luca Enriques, Gerard Hertig, Hideki Kanda y Mariana Pargendler estimaron pertinente solventar este problema con la aplicación de algunas estrategias: i) voto proporcional en la elección de administradores, ii) limitación de los derechos de voto de accionistas mayoritarios, iii) presencia de miembros independientes en los órganos de administración, y iv) repartición proporcional de utilidades, deberes fiduciarios, prevención de abuso del derecho.[87]

La primera estrategia permite a los socios mayoritarios ejercer solo un determinado porcentaje de votos para la elección de administradores, independien-

81 Reyes, *Análisis Económico*, 38.
82 Ver, Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano, Paúl Noboa.
83 Reyes, *Análisis Económico*, 37.
84 Rafael La Porta, Florencio López-de-Silanes y Andrei Shleifer, "Corporate Ownership Around the World", *Journal of Finance*, no. 2 (Abril 1999): 471, https://doi.org/10.1111/0022-1082.00115.
85 Gurrea et al., "Propuesta", 10.
86 Kraakman et al., *Anatomy*, 31.
87 Reyes, *Análisis Económico,* 80.

temente de su participación en la compañía.[88] La segunda, busca que los votos que provengan únicamente de los socios de control no sean suficientes para la toma de decisiones,[89] naciendo el derecho de veto de los minoritarios. La tercera, permite la participación de miembros independientes en los órganos de administración, buscando romper la influencia directa o indirecta[90] que los asociados tienen sobre los administradores. La cuarta estrategia requiere de algunas directrices. Sin embargo, se destaca que se otorgan los deberes fiduciarios no solo a los administradores, sino también a los accionistas mayoritarios. Incluso, se establecen controles en cuanto a las conductas abusivas de los administradores y accionistas mayoritarios.[91]

4.3.1. Deberes fiduciarios y abuso de derecho

Retornando a la cuarta estrategia, existen dos deberes fiduciarios que recaen en los administradores y directorios:[92] el deber de lealtad y el deber de cuidado. Ambos deberes fiduciarios están reconocidos en el Derecho ecuatoriano únicamente para los administradores, en el artículo 262.1 y 262 de la LC, respectivamente. El deber de lealtad obliga al administrador a obrar de buena fe con el mejor interés de la compañía.[93] El deber de cuidado, que en Ecuador se ha plasmado en la regla de la discrecionalidad,[94] permite a los administradores tomar decisiones empresariales razonables mediante la asunción responsable de riesgos.[95] Ambos buscan que los administradores obren de la mejor forma posible en procura de los intereses de la compañía.

Por su parte, el abuso de derecho de voto en las juntas generales o asambleas de accionistas está reconocido por la LC, únicamente a favor de un tipo de compañía: la Sociedad por Acciones Simplificada, o SAS. El artículo innumerado de la LC titulado "Abuso de derecho de voto" establece que "los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía".[96] Si un accionista abusa de sus derechos de votación, responderá por los daños ocasionados, sin perjuicio de que el juez declare la nulidad de la resolución adoptada.[97] Cabe mencionar que estas consecuencias funcionan por el abuso de la mayoría, minoría o de paridad.[98] Es así como el reconocimiento de la

88 Ibid., 81.
89 Ibid., 82.
90 Los accionistas controlan de manera directa a los administradores porque ellos los delegan y los remueven. Los controlan de manera indirecta ya que los accionistas aprueban su salario, etc.
91 Reyes, *Análisis Económico*, 82.
92 Kraakman et al., *Anatomy*, 68.
93 Artículo 262.1, Ley de Compañías, 1999.
94 *Business judgement rule* en inglés.
95 Ver, *El reconocimiento de la 'Business Judgement Rule' en el Derecho Societario del Ecuador*, Blog, 21 diciembre 2020, Paúl Noboa.
96 Artículo innumerado Abuso de derecho de voto, Ley de Compañías.
97 Id.
98 El abuso de paridad se da cuando dos partes tienen el mismo porcentaje de votación, donde una vota a favor y la otra en contra con el motivo de paralizar el desarrollo de esta decisión.

figura del abuso de derecho de votación reconocido para los accionistas de las SAS evitaría que los deberes fiduciarios tengan que extenderse para los accionistas. Esto dado a que la institución de las SAS busca el mismo fin, obtener el mejor interés para la compañía.

5. Tunneling

El análisis realizado en los acápites precedentes demuestra que, en jurisdicciones como la ecuatoriana, el principal problema de agencia es aquel que existe entre los socios controladores y no controladores.[99] Dentro de aquel contexto, como fue indicado anteriormente, existen varias formas para mitigarlo. Uno de ellos es el establecimiento de un marco que prevenga la extracción injustificada de los recursos sociales, operación conocida como *tunneling.*

5.1. ¿De dónde proviene la palabra *tunneling*?

Transparencia Internacional, TI, es una organización sin fines de lucro fundada en 1993,[100] que publica anualmente el Índice de Percepción de Corrupción o CPI según sus siglas en inglés. Esta lista es un barómetro de corrupción a nivel mundial.[101] En 1990, TI escribió que la República Checa estaba "moralmente devastada, seriamente enferma y debe ser sanada".[102]

En la CPI de 1998, la República Checa se ubicó en el lugar número 37 de 85 países obteniendo una puntuación menor a la mitad del total.[103] La razón por la que República Checa obtiene este puesto responde a la gran cantidad de capital y personas involucradas en la privatización de una economía casi totalmente estatal, cambiando de manera abrupta las relaciones entre personas, dinero y negocios.[104] Es así como, a través de una gran acumulación de capital de las anteriores empresas estatales, se iniciaron a utilizar vías para extraer el capital de las compañías, sin control alguno.[105]

El término *tunelování* inició a usarse en República Checa para describir actos abusivos, específicamente a aquellos en donde se expropiaban los recursos de la compañía desde el interior, dejando una fachada ahuecada por el exterior.[106]

99 Gurrea et al., "Propuesta", 11.
100 Transparencia Mexicana. https://www.tm.org.mx/transparencia-internacional/.
101 Transparencia Internacional, Nota De Prensa: El Índice De Percepción De La Corrupción Se Publicará El Día 28 De Enero De 2021. https://www.transparency.org/es/press/media-advisory-corruption-perceptions-index-to-be-published-on-28-january-2021.
102 David Altshuler, "Tunneling towards capitalism in the Czech Republic", *Ethnography,* no. 1 (London: Sage Publications, 2001): 116. (Traducción no oficial).
103 David Altshuler, "Tunneling towards capitalism in the Czech Republic", *Ethnography,* no. 1 (Marzo 2001): 116, https://doi.org/10.1177%2F14661380122230858.
104 Ibid.
105 Ibid.
106 Ibid.

Otros lo describen como un túnel por el cual se extraen los activos de la compañía.[107] Esta excavación de un túnel explica el término *tunneling* en inglés.[108]

5.2. Definición de *tunneling*

Partiendo de la explicación precedente, el término *tunneling* se utiliza cuando los *corporate insiders*, administradores, socios o accionistas mayoritarios, extraen valor desproporcional de la compañía a su propiedad económica.[109] De acuerdo con Atanasov, Black y Cicotello, el *tunneling* se divide en tres categorías:[110] i) *cash flow tunneling*, ii) *asset tunneling* y iii) *equity tunneling*.

5.3. Flujo de dinero (*cash flow tunneling*)

Este tipo de autocontratación remueve el flujo de caja de la compañía. Esto no involucra un daño severo en la operación de la compañía,[111] por ejemplo: un salario excesivo, donaciones, préstamos con intereses menores al mercado, etc., en beneficio de los administradores o accionistas mayoritarios.[112]

5.4. Extracción de activos (*asset tunneling*)

A este tipo de *tunneling* se lo caracteriza por el manejo de activos que ingresan a la compañía por aporte de los accionistas o salen de la compañía hacia sus controladores, a expensas de los demás socios o accionistas no controladores. Esta categoría se divide en dos:[113] i) *asset tunneling "out"* y ii) *asset tunneling "in"*.

5.4.1. Enajenación de activos (*asset tunneling "out"*)

La enajenación de activos de la compañía a valores menores al mercado se la conoce como *asset tunneling out.*[114] Esta trasferencia de activos puede generar un grave impacto en la compañía[115] debido a que, usualmente, estas operaciones se realizan con notoria infravaloración, motivo por el que la compañía recibiría menos por la adquisición de un bien de su propiedad en lugar de celebrar dicha transacción en condiciones normales de mercado.

107 Johnson et al., "Tunneling", 2.
108 Ver, "Tunneling towards capitalism in the Czech Republic", David Altshuler.
109 Vladimir Atanasov, Bernard Black y Conrad Ciccotello, "Unbuilding and Measuring Tunneling", 1698.
110 Ibid., 1700.
111 Ibid.
112 Ibid., 1704.
113 Ibid., 1700.
114 Vladimir Atanasov, Bernard Black y Conrad Ciccotello, "Unbuilding and Measuring Tunneling", 1700.
115 Ibid., 1701.

5.4.2. Compra de activos (*asset tunneling "in"*)

Este tipo de autocontratación es lo opuesto al *asset tunneling out*, es decir, se procede a la compra de los activos de las firmas afiliadas, administradores o accionistas mayoritarios. Esta compra se realiza por sobre los valores del mercado, creando un efecto permanente en la capacidad de generación de liquidez de la compañía, diferenciándose del *cash flow tunneling.*[116] En este caso, el perjuicio radica en que la compañía debe pagar más por un bien de una de sus partes relacionadas, en lugar de ejecutar la operación en condiciones normales de mercado.

5.5. Incremento del valor accionarial (*equity tunneling*)

El *equity tunneling* es el aumento del valor de las participaciones del socio controlador a expensas de los minoritarios, dejándolos con menos participación en la compañía.[117] "La característica central del *equity tunneling* es que reordena los derechos de propiedad sobre los activos de la compañía [...] sin afectar directamente los activos u operaciones de la misma".[118]

En el derecho ecuatoriano, se regula este tipo de *tunneling* mediante el derecho de preferencia que tienen los accionistas.[119] Este es un derecho fundamental de los asociados que les permite suscribir acciones proporcionalmente a su capital inicial cuando otro accionista o socio aumente el capital social, evitando que su participación se diluya.[120] La LC reconoce el derecho de preferencia en los artículos 110, 181, 207 numeral 6, etc. En consecuencia, el derecho de preferencia mitiga a este tipo de autocontratación, por lo que sale del ámbito de análisis del presente trabajo.

6. Transacciones entre partes relacionadas

Como el nombre lo insinúa, las transacciones entre partes relacionadas implican aquellas transacciones realizadas entre la compañía y personas vinculadas a ella, como los administradores o accionistas mayoritarios. En estas transacciones las partes vinculadas pueden aprovechar su posición de dominio para apropiarse del valor que le pertenece a la compañía. Este valor no se limita a los activos físicos, sino que también incluye la toma de oportunidades corpo-

116 Ibid., 1700.
117 Ibid., 1701.
118 Vladimir Atanasov, Bernard Black y Conrad Ciccotello, *The core characteristic of equity tunneling is that it rearranges ownership claims over the firm's assets, to the detriment of minority shareholders, without directly affecting the firm's assets or operations*. "Unbuilding and Measuring Tunneling", 1707. (Traducción no oficial).
119 Noboa, "Problemas de Agencia", 24.
120 Doctrina 77, Gaceta Societaria, 154.

rativas y negociación de acciones de la compañía.[121] En estas transacciones, se evidencia una contraposición de intereses: el interés social[122] y el interés del accionista o administrador.[123]

Lo que le concierne a la ley es que, en estas operaciones, los administradores o accionistas controladores efectúen transacciones en condiciones de plena competencia, en lugar de celebrar negociaciones desfavorables para los intereses de la compañía.[124] En otras palabras, las transacciones entre partes vinculadas deben ser reguladas para evitar una extracción injustificada de los recursos de la compañía por cualquier vía.

Como se indicó anteriormente, los ejemplos perfectos que figuran a las transacciones entre partes relacionadas son los llamados *asset tunneling in* y *asset tunneling out.* Si un accionista mayoritario vendiera su terreno a la compañía a un precio por sobre el valor del mercado, se efectuaría el *asset tunneling in*, ya que se beneficiaría únicamente el accionista en cuestión. Lo opuesto a este ejemplo sería que el mismo accionista mayoritario comprara un terreno de la compañía a un precio inferior al valor del mercado, cumpliéndose el *asset tunneling out*. Entonces, ¿por qué se deberían permitir las transacciones entre partes relacionadas en cualquier escenario? La Anatomía del Derecho de Sociedades explica algunas razones por las que esto se permite:

> Los directores, funcionarios y accionistas mayoritarios son a menudo las únicas partes con las que las compañías más pequeñas pueden realizar transacciones: es posible que las personas externas no puedan evaluar sus perspectivas sin enfrentar costos de transacción desproporcionados o sin beneficiarse de la divulgación de secretos comerciales o planes confidenciales que las compañías deberían conservar para sí mismas.[125]

Desde otra perspectiva, entendiendo que la concentración de capital la tienen algunos accionistas, estos podrían ser la razón por la que la actividad operacional de una compañía siga subsistiendo en tiempos de dificultades económicas. Así, en tiempos de pandemia, las transacciones entre partes relacionadas podrían ser la razón de que compañías pequeñas y medianas sigan operando. Incluso, como ya fue recalcado, se podría evitar que secretos comerciales se revelen a terceros no relacionados. Por esto, se pueden encontrar beneficios para que los ordenamientos permitan este tipo de transacciones, siempre y cuando se conduzcan en condiciones normales de mercado. Incluso, dichas oportunidades empresariales se pueden trasladar a los accionistas mayoritarios

121 Kraakman et al., *Anatomy*, 145.
122 Este interés concierne a la productividad de la empresa.
123 El interés del accionista o administrador es buscar su propio provecho.
124 Kraakman et al., Anatomy, 145.
125 *Directors, officers, and controlling shareholders are often the only parties with whom smaller companies can transact: outsiders may be unable to evaluate their prospects without facing disproportionate transaction costs or benefiting from the revelation of trade secrets or confidential plans that companies would better keep for themselves*. Reinier et al., *Anatomy*, 146. (Traducción no oficial).

en condiciones más favorables que a los externos porque estos conocen a la compañía y la rentabilidad de la oportunidad empresarial.[126]

Otros dirán que, incluso existiendo posibles beneficios de las transacciones entre partes relacionadas, se deberían eliminar completamente para no dejar ninguna posibilidad de mal manejo de los activos por parte de los administradores o accionistas mayoritarios.[127] Sin embargo, si un ordenamiento y su aplicación no pueden combatir todas las formas del *tunneling*, entonces prohibir únicamente a las transacciones entre partes relacionadas motivará a los *corporate insiders* a utilizar otros tipos de prácticas expropiatorias.[128] Es así como la prohibición de transacciones entre partes vinculadas no impide todo tipo de actuaciones abusivas en perjuicio del patrimonio social, razón por la que una prohibición absoluta no se considera una medida deseable desde un punto de vista societario.[129]

6.1. Regulación societaria de las transacciones entre partes vinculadas en el Ecuador

Las transacciones entre partes relacionadas están reguladas dentro de la LC, drásticamente reformada en 2020. Antes de dichas reformas, su artículo 261[130] prohibía, de manera absoluta, a los administradores a negociar con la compañía que administrare, ya sea directa o indirectamente. En lo posterior, desde el 10 de diciembre de 2020, mediante la Ley de Modernización a la LC, se relativizó, al menos en parte, el régimen de las transacciones entre partes relacionadas en el Derecho societario del Ecuador. Sin embargo, conforme se analizará a continuación, la regulación de las operaciones entre partes vinculadas en el país podría ser complementada de varias maneras.

6.1.1. Ley de Compañías

Existen tres defectos principales dentro del artículo 261 de la LC anteriormente analizado. El primero es tener una lista taxativa de actos y contratos que se exceptúan de la regla general de autocontratación por parte de los administradores. El segundo es mantener a los administradores como personajes principales dentro de las transacciones entre partes relacionadas, excluyendo, salvo puntuales excepciones, a los socios o accionistas. El tercero, es establecer un voto favorable del cien por ciento de los accionistas desinteresados para la aprobación de la enajenación o gravamen de los activos sociales en favor de un accionista.

126 Kraakman et al., *Anatomy*, 146.
127 Ibid.
128 Ibid.
129 Ibid.
130 Artículo 261, Ley de Compañías, 1999.

6.1.1.1. Lista taxativa

Mantener una lista taxativa de transacciones abre la puerta a la inseguridad jurídica ya que podrían quedar excluidas ciertas transacciones viciadas por un conflicto de interés. Por ejemplo, el artículo 261, en su literal h), solamente regula al *asset tunneling out*, mas no al *asset tunneling in*. Por lo mismo, los accionistas controladores podrían vender sus bienes a la compañía con notoria sobrevaloración, sin que exista un mecanismo para que los minoritarios puedan decidir sobre esta transacción. En contraposición a esta lista taxativa de transacciones permitidas, el artículo debería regular, en términos generales, todas las transacciones donde haya un conflicto de interés con los accionistas mayoritarios de manera genérica. Hacer un listado de los tipos de transacciones permitidos no es eficiente ya que podrían darse nuevos tipos de transacciones fuera del listado previsto, en las que se logre extraer valor de la compañía.

6.1.1.2. Enfoque prioritario en administradores

La segunda problemática de este artículo es su enfoque prioritario en los administradores. El artículo debería hacer referencia principal a los accionistas mayoritarios, ya que estos son los más propensos a abusar de su posición de dominio en jurisdicciones societarias como la ecuatoriana, caracterizadas por un patrón de concentración de capital.[131]

6.1.1.3. Voto unánime de asociados desinteresados

El tercer problema es requerir una unanimidad favorable de los socios desinteresados para la enajenación de un bien social a favor de un accionista de la compañía. La ley crea un escenario donde los minoritarios podrían abusar de su voto, en perjuicio de la compañía.

6.1.2. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

La SCVS, a través del Oficio No. SCVS-IRQ-DRASD-2021-00022991-O del 25 de mayo de 2021, respondió una inquietud sobre el alcance del literal h) del artículo 261 de la LC, sobre la enajenación o gravamen de los activos en favor de un accionista de una compañía. Siendo este oficio estrictamente conceptual, mas no vinculante, la Superintendencia reiteró que únicamente los accionistas que carezcan de un interés directo o indirecto podrán votar

131 Noboa, "Regulación".

sobre la enajenación o gravamen de activos sociales en favor de un accionista de la compañía. Por lo mismo, se "impide a los socios controladores abusar de su posición de dominio y limita extracciones abusivas de valor desde la compañía".[132] Mas allá del presente oficio, la SCVS no ha resuelto más sobre la materia.

6.2. Transacciones entre partes relacionadas en Latinoamérica

En Latinoamérica, la regulación de las transacciones entre partes vinculadas no ha sido desarrollada plenamente, mostrando una inseguridad para los socios minoritarios.[133] Por esto, mediante la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, la regulación ecuatoriana ha servido de modelo para los países vecinos.

Ecuador es el primer país que regula las transacciones entre los accionistas y la compañía que ellos controlen. Carreño Monsalve reconoce este avance diciendo que, tras la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, Ecuador se "posiciona a la vanguardia del derecho societario latinoamericano y lo que abre la posibilidad a que en la región se sigan sus pasos en busca de un derecho societario mucho más innovador y avanzado".[134]

Es muy importante regular este tipo de transacciones para proteger a los socios y accionistas minoritarios y el interés social. En el Derecho colombiano, se permite que los accionistas interesados voten a favor de operaciones en donde tienen un interés contrapuesto con la compañía, "un sinsentido que priva al requisito de aprobación por parte del máximo órgano social de cualquier tipo de beneficio o utilidad que pueda tener a la hora de garantizar la protección de minoritarios y evitar que se adelanten operaciones en contravía del interés social".[135] En consecuencia, la reforma ecuatoriana enfrenta un verdadero desafío entre los accionistas y "seguramente sea el intento más atrevido e innovador que ha emprendido cualquier país latinoamericano con el fin de modernizar su régimen societario y sin dudas es el más completo".[136]

A pesar de ser un gran avance del derecho societario ecuatoriano, el autor colombiano sugiere un añadido que debe ir acompañado con esta nueva disposición. Recomienda que los minoritarios tengan más acceso a la información respecto a la transacción que involucre el roce entre el interés social y el

132 Oficio No. SCVS-IRQ-DRASD-2021-00022991-O, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, 25 de mayo de 2021.
133 Gurrea et al., "Propuesta", 11.
134 Carreño, "Ley de Modernización", 136.
135 Ibid., 157.
136 Ibid., 161.

de los accionistas. Solo así, "los asociados pueden darse cuenta de si se han aprobado transacciones en contravía del procedimiento legal, en cuyo caso, se encontrarán legitimados para perseguir la declaratoria de nulidad de estas operaciones".[137]

6.3. Derecho comparado

El derecho societario utiliza diferentes estrategias legales para regular a las transacciones entre partes relacionadas y asegurar que las mismas sean conducidas en condiciones normales de mercado.[138] Las más utilizadas son:[139] i) la divulgación de información, ii) aprobación *ex ante* y iii) control *ex post* de la operación.

6.3.1. Divulgación de información

La divulgación de información es un mecanismo en el que los diferentes mercados, analistas financieros y medios de comunicación, están preparados para disuadir transacciones sospechosas.[140] Es así como los accionistas controladores actúan de forma más asertiva al saber que las transacciones entre partes relacionadas estarán bajo el escrutinio público.[141] Existiendo un control del sector público y privado, el requisito de divulgación da a conocer información sobre transacciones sospechosas a las autoridades encargadas de aplicar la ley.[142] Se infringe la ley si no se divulga la información, siendo esto más fácil de castigar que el abuso en sí de la transacción ya que esto implicaría probar un daño.[143]

Con relación al requisito de divulgación de información, la ley norteamericana impone la responsabilidad de revelación de estas transacciones a todas las compañías, nacionales o extranjeras que comercialicen en el mercado público.[144] Estas compañías tienen que reportar anualmente todas las transacciones que excedan los $120,000.00 o donde los directores o socios con capital importante tengan un interés material en la transacción.[145]

> El término material, cuando se usa para calificar un requisito para el suministro de información sobre cualquier tema, limita la información requerida a aquellos asuntos sobre los cuales un inversionista prudente promedio debería estar razon-

137 Ibid., 158.
138 Kraakman et al., *Anatomy*, 147.
139 Noboa, "Problemas de Agencia", 30.
140 Kraakman et al., *Anatomy*, 147.
141 Ibid.
142 Ibid.
143 Ibid.
144 Ibid.
145 SEC Regulation S-K, Item 404, https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/229.404.

> ablemente informado antes de comprar o vender cualquier valor de la compañía en particular.[146]

En el caso norteamericano, se tiene que divulgar el nombre de la persona relacionada, su puesto y la razón por la que esta es una parte relacionada. También se debe divulgar el monto del valor de la transacción y el monto del valor que le concierne a la parte relacionada. También se divulgará cualquier otra información pertinente a la transacción o a la persona relacionada dependiendo las circunstancias de la transacción.[147]

En otros casos, la divulgación de información permite adoptar decisiones más informadas. Ecuador podría partir de la experiencia norteamericana para establecer, más allá de los requisitos previstos en el artículo 271.3 de la LC y en las normas para el Buen Gobierno Corporativo,[148] un marco que asegure que los socios minoritarios tengan acceso a más información sobre las características y condiciones de una operación, mitigando una asimetría informacional que les permita tomar decisiones informadas de manera previa a la aprobación de una transacción entre partes vinculadas. Mediante este tipo de divulgación de información, los minoritarios podrían votar de mejor manera ante la aprobación de transacciones entre partes relacionadas.

6.3.2. Control *ex ante*

La aprobación de los accionistas desinteresados es un mecanismo ideal para las transacciones entre partes relacionadas. Como ya fue analizado, Ecuador es uno de los pocos países a nivel mundial que utiliza este tipo de mecanismo.[149] Son los accionistas no interesados quienes votan por la aprobación de la enajenación o gravamen de un bien social que beneficie a un accionista o administrador. Sin embargo, el problema en el Derecho ecuatoriano es que se requiere la aprobación del 100% del resto de accionistas no interesados sobre dicha transacción. En algunas jurisdicciones, los legisladores temen que las decisiones sean hechas por minoritarios no informados o que estos bloqueen las operaciones sociales de manera oportunista.[150]

Algunas jurisdicciones no son tan persistentes en la aprobación de los accionistas.[151] En el caso de Italia, por ejemplo, únicamente se necesita la aproba-

146 *The term material, when used to qualify a requirement for the furnishing of information as to any subject, limits the information required to those matters as to which an average prudent investor ought reasonably to be informed before buying or selling any security of the particular company.*17 CFR 229.404 Transactions with related persons, promoters and certain control persons, Legal Information Institute. https://www.law.cornell.edu/definitions/index.php?width=840&height=800&iframe=true&def_id=acb6182e29bd7ed2ff96fc4128b95cd9&term_occur=999&term_src=Title:17:Chapter:II:Part:229:-Subpart:229.400:229.404. (Traducción no oficial).

147 SEC Regulation S-K, Item 404, https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/229.404.

148 Estas poseen el carácter esencial de la voluntariedad.

149 Noboa, "Regulación".

150 Kraakman et al., *Anatomy*, 156.

151 Kraakman et al., *Anatomy*, 158.

ción de la junta de accionistas[152] cuando un director quiere asumir el papel de accionista en una compañía competidora o realizar una actividad competitiva por cuenta propia o de un tercero.[153]

En otras jurisdicciones, la aprobación de accionistas es más frecuente. En Estados Unidos y el Reino Unido, la institución de la mayoría de la minoría está desarrollada y es ampliamente practicada.[154] Delaware utiliza el control *ex ante* de la siguiente manera: en casos de transacciones entre partes relacionadas existe una aprobación de la mayoría de los directores independientes o de la mayoría de los accionistas desinteresados, después de una divulgación completa de información que les permita tomar decisiones informadas.[155]

Hay que recordar que los problemas de agencia que existen entre accionistas pueden surgir de ambos lados: los mayoritarios contra los minoritarios o viceversa. Todo depende del contexto en el que una relación societaria surgiere; este problema aparece siempre que algún subconjunto de los socios de una compañía pueda controlar las decisiones que afecten a los demás en su conjunto.[156]

En el caso ecuatoriano, los accionistas no interesados tienen el poder de aprobar o no, las transacciones que beneficien a uno de los accionistas. Es así como los accionistas desinteresados podrían bloquear la marcha operacional de la sociedad y negar operaciones legítimas porque, como se indicó anteriormente, se requiere del voto favorable del 100% del capital desinteresado para aprobar dicha transacción. En otras palabras, la LC, sin perjuicio de proteger a los socios minoritarios, podría perjudicar a los socios mayoritarios y a la compañía en su conjunto, al establecer que se requiere de unanimidad de aprobación por parte de los socios desinteresados. Solo se necesita la negativa de un socio desinteresado quien, de manera chantajista, podría abusar de su posición de dominio para impedir una transacción que pudiera resultar beneficiosa para la compañía.

El caso de Delaware, donde se requiere de una mayoría desinteresada y no a su totalidad para la aprobación de transacciones entre partes relacionadas, serviría como un ejemplo ideal para mitigar este tipo de problema de agencia que se da en el Derecho ecuatoriano. Una mayoría de la minoría desinteresada evita que los socios desinteresados tengan un poder desproporcional sobre la decisión que afectará a todos los demás.

152 Ibid.
153 Articolo 2390, Codice Civile Italiano.
154 Kraakman et al., *Anatomy*, 156.
155 Leo E. Strine jr., "The Delaware Way: How we do corporate law and some of the new challenges we (and Europe) face", *Delaware Journal of Corporate Law*, no. 3 (2005): 678, https://www.wlrk.com/webdocs/wlrknew/AttorneyPubs/WLRK.27004.05.pdf.
156 John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement", *Harvard Law*, (2009): 3, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kraakman_644.pdf.

6.3.3. Control *ex post*

El control *ex post* se refiere a un control judicial de una operación que hubiere sido celebrada transgrediendo el requisito de aprobación *ex ante*. Son los mecanismos que tienen los jueces en casos en que se han incumplido los procesos legales que debe seguir la aprobación de una transacción entre partes relacionadas, según cada ordenamiento jurídico. Ante esto, los ordenamientos utilizan el estándar del deber de lealtad, donde los jueces determinan, *ex post*, si los resultados de la transacción entre partes relacionadas fueron justos y conducidos en el mejor interés de la compañía.[157] El deber de lealtad contiene distintas aristas en diferentes países, pero el fin de los tribunales es el mismo: determinar la injusticia *a posteriori* de las transacciones entre partes relacionadas abusivas.[158]

> Algunas cortes, como las de Delaware, siendo estrictas, únicamente consideran justas a las transacciones cuando la compañía obtenga términos de trato como los que se hubiesen obtenido en una transacción con una parte no relacionada, o que negociando con la parte relacionada, se sigan los pasos procesales típicos de una transacción en condiciones de plena competencia [...] Para otras cortes, como la de Italia, basta que la transacción no sea dañina para la compañía.[159]

Algunos ordenamientos ponen la carga de la prueba para determinar la equidad o justicia de la transacción sobre el demandante, mientras que otros imponen la carga probatoria sobre el demandado.[160] Así también, en Estados Unidos, los accionistas son responsables por las operaciones injustas, incluso si estas fueran aprobadas por directores independientes.[161]

La potencialidad del deber de lealtad recae en la frecuencia en que las cortes lo apliquen.[162] Por esta razón, el Derecho norteamericano facilita las demandas hacia los accionistas,[163] mostrando la necesidad del control judicial. En el caso brasilero, la Comisión de Bolsa y Valores impone sanciones ante violaciones al deber de lealtad;[164] sin embargo, las sanciones no dan una compensación a los accionistas o a la compañía, por lo que esta no es un sustituto adecuado para el *enforcement.*[165] Como un reto para el marco de control *ex post*, en Ecuador no existe una justicia especializada para dirimir controversias societarias, dado

157 Kraakman et al., *Anatomy*, 161.
158 Ibid.
159 *Some courts, like Delaware's, tend to be strict, and only consider fair those transactions in which the company either obtains deal terms comparable to those it would have obtained in a transaction with a non-related party or negotiates with the related party following procedural steps that mimic those that are typical of an arm's length transaction [...] For other courts, like Italy's, it is enough that the transaction is not harmful to the company.* Reiner, et al. *Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*, 161. (Traducción no oficial).
160 Kraakman et al., *Anatomy*, 162.
161 Ibid.
162 A esto se le conoce como *enforcement* en inglés.
163 Kraakman et al., *Anatomy*, 164.
164 Lei no. 6.385, de 07 de Dezembro de 1976.
165 Kraakman et al., *Anatomy*, 165.

que la competencia para su conocimiento recae sobre los jueces de lo civil y mercantil. Por este motivo, es más deseable establecer un sistema de aprobación *ex ante* que permita a los accionistas desinteresados aprobar cualquier transacción con una parte vinculada que pudiera estar viciada por un conflicto de interés.[166]

7. Recomendaciones

A pesar de que la LC muestra innovación al regular las transacciones entre partes relacionadas, existen aspectos que podrían ser mejorados. El presente trabajo detalla cinco recomendaciones que se deberían implementar en la normativa vigente que regula las transacciones entre partes relacionadas: i) regular las transacciones entre partes vinculadas en general, ii) establecer un requerimiento de aprobación *ex ante* por parte de los socios desinteresados en toda transacción viciada por un conflicto de interés, iii) eliminar la unanimidad para aprobar una transacción entre partes relacionadas, iv) extender la figura del abuso de derecho de voto de las SAS para las demás compañías e v) incluir en la regulación de las transacciones entre partes vinculadas a los accionistas, junto con los administradores.

Primero, el artículo 261 de la LC únicamente regula ciertas transacciones entre partes relacionadas. Por ejemplo, se regula exhaustivamente al *asset tunneling out*, donde se enajenan o gravan los bienes de la compañía. Al enumerar ciertas transacciones taxativamente, se dejan de lado a otras operaciones que pudieran estar viciadas por un conflicto de interés. Por ejemplo, Ecuador no regula al *asset tunneling in* y otros tipos de transacciones conflictivas. Por esta razón, se deberían regular todas las transacciones donde exista un conflicto de interés en general, mas no limitarse a una lista predeterminada. Esto se debe a que pueden surgir diferentes tipos de transacciones con el pasar de los años, donde los accionistas controladores puedan mecanizar diferentes formas de extraer valor de la compañía no previstas en la Ley.

Es así como el proyecto de Ley reformatoria a la Ley de Compañías para el Fomento del Gobierno Corporativo, presentado el 20 de octubre de 2021, menciona que el mecanismo de aprobación *ex ante* del artículo 261 para el gravamen o enajenación de bienes sociales a favor de un accionista se utilizará "para la aprobación de cualquier operación o transacción relevante en las que un accionista pueda encontrarse, de manera directa o indirecta, en una situación de conflicto de interés con la compañía".[167]

166 Gurrea et al., *Propuesta*, 49.

167 Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el Fomento del Gobierno Corporativo en las Sociedades, Asamblea Nacional, 20 de octubre de 2021. Obtenido de http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4e67366b-0837-4f53-8b4a-809c74ba25bc/pp-ref-cias-410980-noboa.pdf.

Segundo, si se regulan las transacciones viciadas por un conflicto de interés en sentido amplio, deberían ser aprobadas, de manera exclusiva, por los accionistas desinteresados. Actualmente, solo existe aprobación por parte de los accionistas desinteresados cuando se enajene o grave un bien social. Sin importar el tipo de transacción, los accionistas desinteresados deben tener una forma de defenderse de la concentración de poder que poseen los mayoritarios. De este modo, al incumplir con la aprobación *ex ante* de los socios desinteresados sobre cualquier transacción conflictual, dicha transacción adolecería de nulidad relativa.

Tercero, la ley vigente establece que la enajenación o gravamen de los activos de la compañía requiere el voto favorable del 100% de los accionistas que no tengan ningún interés en la transacción.[168] Esta disposición posibilita un control desproporcional sobre los accionistas desinteresados ya que se requeriría de un solo voto en contra para que no se ejecute la transacción. Siguiendo la influencia de Delaware, debería requerirse el voto favorable de una mayoría de la minoría desinteresada para la aprobación de este tipo de transacciones. Esto a sabiendas de que no toda transacción entre partes relacionadas es perjudicial.

Cuarto, para evitar el abuso no solo de los mayoritarios, sino también de los minoritarios y posibles escenarios de abuso de paridad, el abuso de derecho de voto reconocido para las SAS debería extenderse a los demás tipos de sociedades. De esta manera, se utiliza un mecanismo ya reconocido dentro del derecho ecuatoriano para los accionistas de una SAS, impidiendo ampliar los deberes fiduciarios que no están reconocidos para los socios de las compañías tradicionales. Con esta extensión, primaría el beneficio de la compañía, que se posicionaría por sobre el interés individual de los accionistas.

Por último, el artículo 261 hace referencia primordial a los administradores, refiriéndose a los accionistas en su penúltimo inciso. Es de alta importancia que el artículo, de entrada, regule todas las operaciones en las que un accionista, directa o indirectamente, pudiera verse incurso en un conflicto de interés con la compañía, sin perjuicio de seguir regulando las operaciones en las que los administradores pudieran tener un conflicto de interés con la compañía que administran. Así, el Derecho ecuatoriano respondería de mejor manera al problema de agencia en el contexto de Ecuador.

8. Conclusiones

Previo a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, las transacciones entre partes relacionadas tenían una regulación incompleta. A partir del 2020,

168 Artículo 261, Ley de Compañías.

Ecuador se convirtió en una referencia en cuanto al derecho societario a nivel regional al modificar drásticamente su regulación sobre las operaciones entre partes vinculadas. Sin embargo, a pesar de tener una regulación innovadora, hay ajustes que deben darse para que su regulación sea ideal para el contexto ecuatoriano.

Ecuador sigue un sistema de capital concentrado, lo que implica que el principal problema de agencia en el país es aquel que existe entre asociados controladores y no controladores. Hay que recordar que los accionistas mayoritarios, en el contexto iberoamericano, son quienes, partiendo de una posición de dominio, podrían extraer los recursos sociales en su provecho en claro perjuicio del interés de la compañía.

Existiendo varios tipos de *tunneling,* el artículo 261 de la LC hace mayor énfasis al *asset tunneling out,* excluyendo a otras transacciones conflictivas. Se debería regular todo tipo de transacción donde exista un conflicto de interés, siguiendo el ejemplo de Delaware, donde una mayoría de la minoría desinteresada aprueba estas transacciones. El voto favorable de la totalidad de los socios desinteresados únicamente perpetúa el problema de agencia existente en Ecuador, *ergo* la necesidad de una mayoría de la minoría.

Así también, mediante el establecimiento de un mecanismo más completo sobre la divulgación de las condiciones y características de una transacción entre partes vinculadas, los accionistas desinteresados estarían mejor informados sobre los detalles de esta transacción, para aprobarlas de manera informada en una junta general. Cuando los accionistas minoritarios tengan mayor acceso a la información respecto a la transacción en cuestión, tendrán un mejor control sobre estas. De nada sirve que los accionistas desinteresados puedan controlar las transacciones entre partes vinculadas si no poseen la información necesaria para hacerlo.

Para finalizar, se debe implementar el abuso de derecho de voto para los socios o accionistas en todo tipo de sociedad mercantil con miras de priorizar el beneficio de la compañía, estableciendo un marco que obligue a los socios o accionistas a votar en el mejor interés de la compañía. De esta manera, el abuso por la minoría desinteresada tendría una consecuencia al no permitir una transacción entre partes relacionadas de manera injustificada. Ante este abuso, se produciría la nulidad de la resolución y los accionistas que abusen de su derecho de voto pagarían por los daños causados.

Respecto a las limitaciones encontradas para la elaboración del presente trabajo, el desarrollo jurisprudencial sobre este tema no ha sido topado. Así también, la SCVS no ha emitido oficios o doctrina suficiente para el perfeccionamiento de este campo del Derecho.

Conforme esta línea argumental, queda claro que la aprobación *ex ante* de una mayoría de la minoría desinteresada adecuadamente informada sobre cualquier transacción viciada por un conflicto de interés entre un accionista, un administrador y la compañía; bastaría para impedir idóneamente la extracción injustificada de los recursos sociales por parte de los agentes societarios controladores en el contexto ecuatoriano


FEXLAW
ABOGADOS

USFQ_LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Conflicto de Normas respecto del eximente de Responsabilidad de los Accionistas por Obligaciones Laborales en la Sociedad por Acciones Simplificada: ¿Violación al principio de intangibilidad de los Derechos Laborales?

Conflict of norms regarding liability exception regarding shareholder's labor obligations in Simplified Stock Companies: ¿Violation of the intangibility of labor rights?

José Alejandro Salvador González*

Recibido / Received: 29/03/2022
Aceptado / Accepted: 18/05/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2583

Citación:
Salvador González, J.A. «Conflicto de normas respecto del eximente de responsabilidad de los accionistas por obligaciones laborales en la sociedad por acciones simplificada: ¿violación al principio de intangibilidad de los derechos laborales?». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1,* julio de 2022, pp. 93-124, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2583

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: josealejandro-11@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-0468-6586

Resumen

Este trabajo tiene como finalidad discutir acerca del conflicto de normas suscitado entre la Ley de Compañías y el Código de Trabajo respecto de la responsabilidad de los accionistas por las obligaciones laborales. Por una parte, la Ley de Compañías, con la entrada en vigencia de la sociedad por acciones simplificada, supone que los accionistas no serán responsables por dichas obligaciones. Por otro lado, el Código de Trabajo indica que los socios responderán solidariamente por las deudas de la sociedad cuando el trabajo se realice para dos o más personas en calidad de socios. Por lo mismo, se discutirá qué norma prima dentro del presente conflicto de normas. Una vez determinada la primacía de la Ley de Compañías, se determinará por qué esto no representa una violación a los principios constitucionales de intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales. Por el contrario, de trata de una excepcionalidad que no pretende desconocer en lo absoluto la responsabilidad de los accionistas, sino más bien brindar seguridad jurídica a los nuevos emprendimientos y garantizar el deber del Estado de asegurar un desenvolvimiento eficiente de la actividad económica e inversión, sin que esto signifique menoscabar derechos laborales.

Palabras Clave

Intangibilidad; Irrenunciabilidad; Responsabilidad Limitada; Personalidad Jurídica; Derechos Laborales; Accionistas; Responsabilidad Solidaria

Abstract

The purpose of this paper is to discuss the conflict of norms that arises between the Companies Law and the Labor Code regarding the responsibility of shareholders for labor debts. On one hand, with the enactment of the simplified stock company, the Companies Law states that the shareholders shall not be responsible for said obligations, while the Labor Code enshrined a joint and several liability of the company's partners when it comes to labor obligations. For this reason, we will assess which rule prevails. After explaining why the Companies Law should prevail over the Labor Code, we shall explain why that does not entail a violation to the constitutional principles of intangibility and irrevocability of labor rights, but rather an exception that doesn't mean to disavow those already recognize labor rights, based on the duty of the State to ensure an efficient development of economic activity and investment, without undermining labor rights.

Key Words

Intangibility; Inalienability; Limited Liability; Legal entity; Labor Rights; Shareholders; Joint Responsibility

1. Introducción

En respuesta al déficit fiscal que vive el Ecuador, el gobierno ha buscado varias alternativas para frenar sus efectos negativos y generar confianza en el mercado, con el fin de incentivar la inversión y la sostenibilidad de una economía cuyas bases son más débiles cada vez.[1] Una de estas alternativas se da a conocer con la implementación de la nueva Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación[2] reformatoria a la Ley de Compañías, cuya finalidad recae en brindar facilidades para la creación de nuevas compañías dándole un papel más protagónico a la voluntad de las partes. Dentro de esta nueva ley se contempla el ingreso a nuestra legislación de dos nuevos tipos societarios, las Compañías de Beneficio e Interés Colectivo y la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante SAS),[3] a la que nos referiremos dentro del presente trabajo.

Un aspecto desatendido dentro de este tipo societario es la limitación de la responsabilidad de los accionistas que se ofrece frente a las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier naturaleza en las que incurra la sociedad. En principio y con base en la responsabilidad limitada, característica esencial de las sociedades capitalistas —la cual será analizada más adelante— es comprensible que estas limitaciones a la responsabilidad se vean consagradas en un tipo societario. Sin embargo, se deben tomar en consideración las normas regulatorias de otras materias con respecto a la responsabilidad de los accionistas.

En Ecuador el Derecho Laboral, con sus raíces proteccionistas al trabajador, quien es visto en una relación de desventaja frente a su empleador, ha previsto varios mecanismos para asegurar la equivalencia de condiciones y así, un acceso al aparato jurisdiccional que no se vea viciado por la relación de poder que tiene el empleador. Entre estos, se ha previsto en el artículo 41 del Código de Trabajo la responsabilidad solidaria de los socios con respecto a obligaciones laborales, una contradicción a lo dispuesto en el artículo innumerado de la Ley de Compañías, referente a la limitación de responsabilidad en la SAS.

Dentro del presente trabajo, mediante la utilización de la metodología de contraste y enfoque cualitativo respecto de aplicación de las normas, se pretende analizar únicamente el factor de obligaciones laborales dentro de los artículos mencionados, determinando si este conflicto suscitado por la contradicción entre ambas normas supone una violación a los derechos laborales ya reconocidos respecto de la solidaridad de los socios frente a sus trabajadores por obligaciones laborales. Para esto, se analizarán principios constitucionales tales como la intangibilidad y la irrenunciabilidad de los derechos laborales,

1 Disponible en http://www.sela.org/es/prensa/servicio-informativo/20210903/si/75646/ecuador (Último Acceso 14 de noviembre de 2021).

2 Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, Registro Oficial Suplemento 151, 28 de febrero de 2020.

3 Disponible en https://www.eluniverso.com/noticias/2020/01/07/nota/7679529/ley-emprendimiento-asamblea-emprendedores-ecuador/ (Último acceso 14 de noviembre de 2021).

además de la responsabilidad limitada y personalidad jurídica como factores fundamentales dentro de las compañías en Ecuador. Por otro lado, se analizarán los criterios de solución de antinomias de modo que pueda inferir que la norma que prima es la de la Ley de Compañías.

Además, se discutirá mediante jurisprudencia extranjera la razón por la cual esta primacía de la Ley de Compañías no resulta en una violación a los derechos de los trabajadores, pues responde a otros principios constitucionales como el Derecho a la libertad de empresa y al ejercicio de actividades económicas. Finalmente, este trabajo recomienda a las autoridades judiciales tomar en consideración todo lo expuesto en caso de presentarse este conflicto de normas, a fin de poder resolverla en aras de asegurar la libertad de empresa como función social.

2. Reconocimiento histórico de la intangibilidad de los derechos laborales en Ecuador

Sobre el reconocimiento de los derechos laborales en el Ecuador, es imprescindible analizar el principio de intangibilidad de los derechos del trabajador. Según la Real Academia de la Lengua, "intangibilidad" se refiere a algo que no puede ser manipulado físicamente.[4] Para dilucidar este concepto, resulta necesario tratar sobre la figura de derechos adquiridos, siendo estos, en palabras de Alfonso García, condiciones jurídicas de carácter irrevocable, cuya naturaleza es parte del sujeto que ejerce el derecho. Esto implica que, una vez adquiridos por la persona, estos no podrán ser desmejorados, de modo que sirvan como un mecanismo de protección frente a una situación de posible vulnerabilidad.[5]

En palabras de Julio César Trujillo, los derechos adquiridos son aquellos que, una vez ejercidos por las personas gracias a la titularidad otorgada por mandato legal, no serán modificados por otra ley que posteriormente pueda publicarse y llegase a modificar los beneficios que de esta se obtengan.[6] Estos derechos se fundamentan, a su vez, en la irretroactividad de la ley, lo cual implica que la ley promulgada en un determinado momento no puede aplicarse con miras a hechos pasados, más aún si esta pretende desmejorar una situación en la que se encuentra un determinado sujeto, en este caso un trabajador.

Entendidos los conceptos detrás de la intangibilidad, Julio César Trujillo la define como la característica que hace de los derechos no susceptibles de

4 Intangible. Definición, *Real Academia Española.* Disponible en: *https://dle.rae.es/intangible* (Último acceso 14 de noviembre de 2021).
5 Manuel Alonso García, *Curso de Derecho del Trabajo.* (Barcelona: Editorial Ariel, 2009), 43.
6 Julio César Trujillo V., *Derecho del Trabajo.* (Quito: Editorial EDIPUCE, 2008), 51.

modificaciones o desconocimiento por leyes posteriores.[7] Sin embargo, este principio es criticado por Trujillo, pues aduce que este ha sido objeto de desconocimiento por parte del legislador, quien, en numerosas ocasiones ha reformado la ley sin observar el precepto constitucional, lo que deriva en una situación de vulnerabilidad para el trabajador dentro de la relación laboral.[8] Jorge Vásquez comparte el análisis de ambos autores, haciendo énfasis en lo prescrito en la Constitución respecto de la obligación del Estado de salvaguardar la intangibilidad de los derechos laborales y tomar todas las medidas necesarias para que estos derechos estén en constante ampliación y mejoramiento.[9] Esto implica que la intangibilidad puede entenderse de dos maneras: i) como una prohibición de menoscabar derechos; y ii) como obligación de constante cambio en aras de beneficiar al trabajador.

3. Reconocimiento histórico de la responsabilidad limitada en Ecuador

Respecto de otro enfoque dentro del presente trabajo de investigación, es menester analizar la responsabilidad limitada de las sociedades mercantiles en el Ecuador. Dicha característica, como pilar fundamental de las sociedades, es definida por Frank Easterbrook como aquella que permite a los socios o accionistas de las compañías responder únicamente hasta el monto de sus respectivos aportes, salvo las excepciones previstas en la ley.[10] Las causales que suponen una responsabilidad mayor generalmente responden a un posible fraude a la ley o a terceros por parte de los accionistas, para lo cual entran figuras como el levantamiento de velo societario, mediante las cuales los accionistas se verán obligados a responder solidariamente por las obligaciones de la sociedad.[11]

Por otra parte, Easterbrook sostiene que, en virtud de que los accionistas responden hasta el monto de lo que aportaron, el riesgo remanente de las operaciones cuya responsabilidad no se asume por parte de estos, sino que es trasladado a terceros, permite así el funcionamiento de la responsabilidad limitada.[12] Esta idea la comparte Óscar González, quien indica que este riesgo no asumido por los accionistas lo asumen sus principales acreedores, entre estos los proveedores, instituciones financieras, el Estado, y los más importantes dentro del presente estudio, los trabajadores.[13]

7 *Ibid., 53.*
8 *Ibid., 53.*
9 Jorge Vásquez López, *Nuevo Derecho Laboral Ecuatoriano.* (Quito: Editorial Cevallos, 2017), 114-115.
10 Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, "Limited Liability and the Corporation" de *The University of Chicago Law Review 15.* (Traducción No Oficial) (1985), 90.
11 Easterbrook y Fischel. *90.*
12 *Ibid., 91.*
13 Óscar Humberto González Benjumea, *La Sociedad por Acciones Simplificada – SAS* (Medellín: Editorial UNAULA, 2017), 31.

Para finalizar, una vez descrita la esencia de la responsabilidad limitada, variada es la opinión por parte de autores sobre la innovación que tuvo esta en la aplicación práctica. Nicholas Butler se pronunció respecto de esta acotando que la responsabilidad limitada consistía en el descubrimiento más importante de la era moderna, incluso más importante que el descubrimiento de la electricidad o la máquina de vapor, pues sin la responsabilidad limitada nunca hubieran llegado a desarrollarse como industrias.[14] Similar fue lo dicho por Charles William Eliot, quien se refirió a la responsabilidad limitada como el mecanismo legal más eficiente para el desarrollo de las industrias durante el siglo XIX, pues sus ventajas de distribución de capital fueron claves en el progreso humano.[15]

4. Sobre el reconocimiento en diversos instrumentos de la intangibilidad de los derechos laborales y la responsabilidad limitada

4.1. Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El principio de intangibilidad de los derechos antes analizado es mencionado en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 26. Dentro de este artículo se describe como la progresividad, al principio mediante el cual dispone a los estados miembros comprometerse a adoptar todos los mecanismos necesarios a fin de lograr una progresividad en la efectividad de los derechos contenidos dentro de la convención, derivados de normas económicas, sociales o culturales.[16]

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) analiza este principio como referente para que todos los estados firmantes del pacto se comprometan a adoptar las medidas necesarias para que, dentro del mejor uso de los recursos y mediante la utilización de acuerdos internacionales, cooperación o legislación nacional; la regulación de estos derechos reconocidos siempre sea progresiva, en aras de que el ejercicio de los mismos no se vea menoscabado por ningún mecanismo y se asegure la efectividad de los mismos, tomando en consideración el cambio de circunstancias fácticas dentro de una sociedad en constante evolución.[17]

14 Nicholas Murray Butler, "Politics and Economics" en *143th Annual Banquet of the Chamber of Commerce of the State of New York,* (Traducción No Oficial) (1911)

15 William W. Cook, "Watered Stock Commisions Blue Sky Laws Stock without Par Value" en *Michigan Law Review 19* (Traducción No Oficial) (1921), 584.

16 Convención Americana de Derechos Humanos, firmada el 22 de noviembre de 1969, ratificada por Ecuador el 27 de julio de 1984, Artículo 26.

17 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, firmado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por Ecuador el 24

4.2. Constitución de la OIT

Dentro del presente instrumento internacional se desglosa un poco más el concepto planteado anteriormente, pues se refiere, además de la obligación de que los derechos de los trabajadores deban siempre mejorarse conforme las circunstancias lo permitan, a la prohibición de que menoscabar un derecho laboral ya reconocido mediante la ratificación de otro convenio o tratado que disponga algo distinto de lo que se reconoce en el presente instrumento.[18] Por lo expuesto, esto va de la mano con el principio de intangibilidad, ya que la progresividad de los derechos está íntimamente relacionada con la no regresividad de los derechos, lo cual implica no desfavorecer a los derechohabientes en ninguna circunstancia, cuando ya exista regulación que los beneficie en mayor proporción.

4.3. Ley Modelo de la OEA sobre la Sociedad por Acciones Simplificada

Mediante resolución AG/RES. 2906 (XLVII-O/17) se resolvió en Asamblea General la difusión a todos los estados miembros, a fin de que adopten lo que consideren necesario de la Ley Modelo para sus propios proyectos de ley para la regulación de la SAS.[19] Mediante esta, se ponen en consideración aspectos importantes a tomar en cuenta al momento de normar esta sociedad tales como la naturaleza, personalidad jurídica, o limitación de responsabilidad en obligaciones laborales, aspecto de especial interés dentro del presente trabajo e introducido a la regulación de la SAS en Ecuador.

4.4. Normativa interna ecuatoriana

En lo que respecta al ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de la Ley de Compañías, por una parte se dispone exactamente lo mismo que en la Ley Modelo sobre responsabilidad de los accionistas en obligaciones laborales, pues se plantea que, salvo una desestimación de la persona jurídica, los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales en las que incurra la sociedad.[20]

Asimismo, dentro de la regulación laboral, el artículo 41 del Código de Trabajo establece la responsabilidad solidaria de los empleadores, cuando el trabajo

---

de enero de 1969, Artículo 2.1.

18 Constitución de la OIT, firmada en octubre de 1919, ratificada por Ecuador el 15 de mayo de 1998, Artículo 19.8.

19 Resolución AG/RES. 2906 (XLVII-O/17) Organización de Estados Americanos. Ley Modelo de la Sociedad por Acciones Simplificada aprobada el 20 de junio de 2017.

20 Art. Innumerado Limitación de Responsabilidad, Ley de Compañías, R.O. 312 de 05 de noviembre de 1999. Última reforma R.O. suplemento 347 de 10 de diciembre de 2020.

se realice para dos o más personas interesadas en la misma empresa en calidad de dueños, socios o copartícipes.[21] De la sola lectura de ambas normas, es evidente que puede surgir de estas un conflicto con respecto a qué norma prima en torno a qué responsabilidad existe para los accionistas frente a obligaciones laborales. Por un lado, las normas sobre las sociedades por acciones simplificadas establecen que los accionistas no responden por las deudas laborales; por otro, el Código de Trabajo parece extender la responsabilidad también a los socios de compañías y sociedades.

5. Aplicabilidad del principio de intangibilidad en la actualidad

Según lo analizado en apartados anteriores, es menester considerar las teorías expuestas por los autores respecto del principio de intangibilidad de los derechos laborales. Si bien es cierto, del análisis anterior se entiende que la intangibilidad o progresividad/no regresividad de los derechos laborales responde al precepto de que aquellos derechos adquiridos deberán prevalecer sobre cualquier reforma, ratificación de instrumentos internacionales o legislación que desconozca aquella situación en la que actualmente se encuentra el trabajador. Por lo tanto, el único cambio que puede tener la legislación concerniente a derechos laborales será siempre en aras de mejorar la situación en la que el trabajador actualmente se encuentre.

Sin embargo, según Julio César Trujillo,[22] la inobservancia de este principio por parte del legislador se debe a que la intangibilidad responde a un precepto que no cabe en la sociedad moderna. La intangibilidad basa su génesis en la postura de que el crecimiento económico es una constante en la historia de la sociedad y se desenvuelve sin continuidad en el tiempo;[23] cuestión que, en palabras del mismo autor, es muy alejada de la realidad. Los distintos avances económicos y las crisis por las que han atravesado los países han obligado a desprenderse de este principio, considerando que mantener un derecho inalterable dentro de una sociedad en constante variación terminaría en una mayor afectación a estos derechos adquiridos en el largo plazo.

Por otra parte, es necesario referirse al análisis de Graciela Monesterolo acerca de las reformas laborales respecto de la implementación del Mandato Nº 8. La autora expone sobre la violación a la intangibilidad del derecho al trabajo una vez aprobado el mencionado mandato constituyente, donde varios derechos fueron desconocidos o recortados, violentando así el principio de intangibilidad. No obstante, ante esto se alegó que dichos cambios correspondían a un

21 Artículo 41, Código de Trabajo, R.O. Suplemento de 18 de octubre de 2005. Última Reforma R.O suplemento 229 de 22 de junio de 2020.

22 Op. Cit. 5.

23 Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo,* 51.

interés superior.[24] Esta posición respecto de un interés superior resulta acertada, pues pone en tela de discusión que la intangibilidad no necesariamente es el único mecanismo para un desarrollo efectivo de los derechos laborales, en virtud de que muchas otras vías pueden asegurar un bienestar para el trabajador.

6. Perspectiva de la Corte Constitucional Colombiana respecto de la intangibilidad y su aplicabilidad en la limitación de responsabilidad de la SAS

Este interés superior desarrollado es tomado a colación dentro del análisis realizado por la Corte Constitucional colombiana refiriéndose sobre una problemática similar a lo discutido en el presente trabajo. Mediante sentencia C-090, la Corte analiza si el término "laboral" dentro del artículo referente a la naturaleza de la SAS debería ser declarado inexequible,[25] en virtud de violar preceptos constitucionales referidos a la intangibilidad de los derechos laborales referentes a las vías de acceso para reclamar sus derechos frente a los obligados, quienes —en este caso— serían los accionistas de una SAS.

Para mejor resolver, la Corte Constitucional toma en consideración, entre muchos otros aspectos, el artículo 333 de su Constitución Política. El artículo se refiere a la actividad económica y la define como una función social, por lo tanto, considera a la empresa como un vehículo que mantiene su base en el desarrollo. Por esta razón, el Estado garantizará un fortalecimiento de estas organizaciones y el desarrollo empresarial óptimo.[26] Es importante mencionar que los jueces hacen referencia a la introducción de la SAS en el ordenamiento colombiano como un cumplimiento al precepto del mandato constitucional recogido en el artículo 333 respecto del desarrollo empresarial, colocando al derecho societario colombiano en la vanguardia del derecho societario latinoamericano.[27]

Por otro lado, y dentro de lo mencionado por la Corte, se analiza que, gracias a que la SAS tiene su fundamento en flexibilidad y simplicidad en aspectos que otras sociedades no, se reconoce que los beneficios no solo impactan a los accionistas, sino también a los terceros, mismos quienes asumen el riesgo por el principio de responsabilidad limitada. Por lo tanto, no es acertado afirmar que las disposiciones de la SAS ponen en riesgo los derechos adquiridos. En síntesis, y como idea más importante, la sentencia concluye declarar exequible

24 Graciela Monesterolo Lencioni, *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano.* (Loja: Fondo Editorial Jurídico, 2015), 52.
25 Inexequible: que no se puede hacer, conseguir o llevar a efecto. Disponible en https://dle.rae.es/inexequible (Último acceso 14 de noviembre de 2021).
26 Artículo 333, Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional 116 del 20 de julio de 1991.
27 Sentencia C-090 Edier Esteban Marco Pineda c. Ley 1258 de 2008 artículo 1. Corte Constitucional de Colombia, 09 de febrero de 2014, pág 2, párr. 1.

el término "laborales" debido a que el artículo no restringe que los trabajadores hagan exigibles sus derechos por otras vías, por lo que no implica una violación a la intangibilidad de estos.[28]

Estas razones, cuya estructura será analizada más a detalle en acápites posteriores, fundamentan el presente trabajo en torno a determinar qué norma prima dentro del conflicto de normas entre la Ley de Compañías y el Código de Trabajo ecuatoriano. Por lo tanto, los fundamentos utilizados por jueces colombianos serán de mucha ayuda para aclarar los conceptos contenidos en la norma y evitar posibles conflictos con respecto a una posible violación a los derechos laborales derivados de esta responsabilidad limitada.

7. Sociedad por acciones simplificada: naturaleza y alcance

Para un mejor entendimiento del alcance de la SAS, es necesario analizarla a la luz de lo expresado en doctrina colombiana. Siendo Colombia un país cuya Constitución Política reconoce a la libertad de empresa e iniciativa privada como un derecho,[29] se considera como un deber del Estado brindar las facilidades necesarias para que las personas ejerzan este derecho de la mejor manera. La necesidad frente a la falta de consolidación de nuevas empresas para el fortalecimiento de su economía lleva al surgimiento de la Ley 1258 de 2008, la cual marca un hito en el derecho societario colombiano. Gracias a esta nueva ley, este derecho societario pasa de ser considerado tradicional a innovador, dado su desapego del sistema común para proceder al análisis comparativo con otros ordenamientos, fundamentándose en su objetivo social, el cual corresponde a la facilitación del desarrollo económico.[30]

No obstante, es importante precisar que aunque la ley reguladora de la SAS se presente como innovadora en el mundo societario, la verdadera innovación de la SAS tanto en el ordenamiento colombiano, como en el ecuatoriano, subyace no en la creación de los nuevos beneficios, sino en la supresión de las prohibiciones contempladas en otros tipos societarios. Es así como según Reyes Villamizar, esta nueva sociedad permite que los empresarios regresen al concepto sociedad-contrato, cuya finalidad es preponderar la autonomía de la voluntad, permitiendo a los estatutos ser redactados, no en base a la normativa, muchas veces alejada de la realidad económica, sino acorde a la realidad de los accionistas y de la actividad de la misma empresa.[31]

Esta libertad que radica en la libre realización de los estatutos supone también la posibilidad de los accionistas de prevenir un conflicto futuro dentro de la

28 Edier Esteban Marco Pineda c. Ley 1258 de 2008 artículo 1, pag. 23, párr. 7.
29 Artículo 333, Constitución Política de Colombia.
30 Francisco Reyes Villamizar. *SAS. La Sociedad Por Acciones Simplificada.* (Bogotá: Legis, 2009), 60.
31 *Ibid.,* 72.

sociedad. Si se tiene la total autonomía al momento de establecer las normas que regirán para la sociedad, se tendrá la capacidad por parte de los accionistas a considerar *ex ante* cualquier controversia que pueda suscitarse. Adicionalmente, dado que la SAS brinda muchas facilidades y poca regulación de carácter imperativo, trabaja en la mayoría de los casos en hipótesis de lo que podría llegar a ser una infracción o violación de la norma. De esta forma, se plantean escenarios en donde el abuso de la simplicidad sea una infracción y la manera en la que será sancionada, tanto la persona jurídica como sus accionistas.

Es necesario, empero, tomar en cuenta que ciertos aspectos de esta ley han traído varios desconciertos cuando esta es aplicada. Uno de los mayores problemas que la legislación colombiana ha notado a lo largo de la aplicación de la SAS corresponde a la limitación de responsabilidad en obligaciones laborales.[32] Esta figura permite fijar un límite en la responsabilidad en la que los accionistas deben incurrir, lo que representa, en términos societarios, como una ventaja extremadamente útil para incentivar la creación de estas empresas.[33] Sin embargo, conforme el análisis realizado con anterioridad, esta limitación de responsabilidad exime de legitimación pasiva a los accionistas de una SAS, contrario a lo prescrito en el artículo 41 del Código del Trabajo, motivo por el cual podría considerarse que el trabajador se encuentra en la posibilidad de caer en indefensión.

8. De la responsabilidad limitada y personalidad jurídica como características esenciales de la SAS

8.1. Responsabilidad limitada

La doctrina concuerda unánimemente en que la regla que rige a la responsabilidad limitada se basa en que los accionistas de una compañía responderán únicamente hasta por el monto de sus respectivos aportes. Esto implica que, en caso de que la compañía mantenga deudas u obligaciones con terceros, podrán estos exigir a los accionistas el pago de aquellas obligaciones hasta el límite de lo que aportaron. Stephen Bainbridge concuerda en que la responsabilidad limitada sirve como un seguro o garantía para los accionistas, de modo que estos ven a la responsabilidad limitada como una barrera que protege su patrimonio en caso de que la compañía se encuentre imposibilitada de cubrir con la totalidad de una deuda.[34] Kevin Forbes concluye con una idea similar al explicar la naturaleza y función de la responsabilidad limitada.[35]

32 Artículo 27, Ley 1258 de 2008.

33 José Bernardo Betancourt Ramírez et al. "Ventajas y Desventajas de la Sociedad por Acciones Simplificada para la empresa familiar en Colombia. Estudio Exploratorio". *Estudios Gerenciales,* 29 (2013), 217.

34 Stephen M. Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing" de *Journal of Corporate Law, Spring, 26, 3.* (Traducción No Oficial) (2001), 480.

35 Kevin F. Forbes, "Limited Liability and the Development of Business Corporation" de *Journal of Law, Economics & Orga-*

Dentro del contexto de la SAS, dentro de su articulado referente a la responsabilidad limitada se dice lo siguiente:

> Art. (…) Limitación de responsabilidad. - La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables limitadamente hasta por el monto de sus respectivos aportes.[36]

Respecto de lo dispuesto en la norma que antecede, es importante mencionar que gracias a la responsabilidad limitada, frente al caso en el cual la compañía en cuestión se encuentre en liquidación y las obligaciones que esta mantenga superen el valor de su patrimonio, inevitablemente existirán terceros acreedores a los que no se les pagará la totalidad de sus acreencias; o en el peor de los casos, no se los pueda compensar incluso parcialmente.[37] En este sentido, el riesgo que excede el monto de los aportes es trasladado a los terceros acreedores.

En principio, esto podría verse como una desventaja que impediría a estos terceros confiar en la compañía, pues esta protección a los accionistas los impulsaría a tomar riesgos innecesarios en busca de réditos mayores, lo que solo pondría en peligro al tercero acreedor. Sin embargo, Bainbridge analiza, basado en la evidencia empírica, que incluso si la responsabilidad limitada no fuese la regla general, y esta naciese de la convergencia de voluntades, las partes involucradas pactarían a su favor. Esto se concluye principalmente porque, de no ser por la responsabilidad limitada, no habría incentivo para que los accionistas asuman riesgos, y, por lo tanto, los beneficios y el crecimiento de las compañías se vería limitado, afectando así a los terceros que dependen de estas empresas.

Complementando lo antedicho, la responsabilidad limitada es importante porque permite la diversificación de las inversiones, pues reduce el análisis de la compañía por parte de los terceros únicamente a su rendimiento, mas no al patrimonio de sus accionistas. Caso contrario, frente a una responsabilidad ilimitada, debería tomarse en cuenta al momento de invertir, no solo el historial crediticio de la compañía sino también el de los accionistas, complicando en gran medida un monitoreo eficiente, y por ello, complicando la obtención de capital para las firmas que cotizan en bolsa. Por otro lado, visto desde los intereses del acreedor, la responsabilidad limitada supone para ellos una ventaja debido a que los accionistas, una vez que trasladan el riesgo a los terceros, adquieren, por consiguiente, la categoría de acreedores residuales.[38]

nization, Spring, 2, 1. (1986), 165.

36 Es importante acotar que la Ley de Compañías permite renunciar a esta responsabilidad limitada en su artículo Innumerado correspondiente a Responsabilidad Limitada, inciso 2.

37 Paúl Noboa y Esteban Ortiz, "Personalidad Jurídica Independiente de la Sociedad por Acciones Simplificada y Responsabilidad Limitada" de *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE,* (2020), 609.

38 Eduardo Jequier Lehuedé, "Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales. Una aproximación a la Teoría del Administrador de Hecho en el Derecho chileno" de *Revista Chilena de Derecho 42, 2* (2015), 567-568.

Este concepto fundamenta la razón por la cual la responsabilidad limitada no supone un riesgo innecesario para los terceros ni un beneficio absoluto para los accionistas. Ser acreedor residual implica que, al trasladar el riesgo hacia los terceros, en caso de que la compañía se liquide los accionistas serán los últimos en recibir, gracias a esta liquidación, su cantidad proporcional al monto de sus aportes. En este sentido, se prioriza a los terceros para que puedan cobrar sus acreencias primero, y solo si existe un remanente luego de haber pagado todas las obligaciones contraídas por la compañía, este será repartido entre los accionistas en relación con el monto aportado.[39]

Por esa razón, Noboa concluye que, en caso de que la responsabilidad limitada se basara en un acuerdo entre las partes, estas optarían de común acuerdo por aplicarla, dado que reduce costos de transacción para ambas partes y supone mecanismos idóneos para un cobro efectivo de acreencias en caso de presentarse situaciones como la liquidación de la compañía.[40]

8.2. Persona jurídica distinta de los accionistas

En términos generales, la compañía y sus relaciones con todos los involucrados dentro de sus operaciones se reducen a relaciones meramente contractuales. Sin embargo, es importante recalcar que dichos contratos no son entre los accionistas y los terceros de quienes se trató en el subapartado anterior, sino entre la compañía y estos terceros. La personalidad jurídica, según Paúl Noboa, implica que la compañía no será sino un centro de imputación diferenciado de quienes se asocian bajo su mando;[41] por consiguiente, permite una separación patrimonial de la persona jurídica del patrimonio de las personas involucradas en esta asociación. En este sentido, según señalan Kraakman *et al*, la compañía pasa a ser vista frente a la ley como una persona distinta de sus creadores, cuya capacidad permite que ejerza derechos, contraiga obligaciones, e incluso cuente con su propio patrimonio.[42]

Karaakman *et al* además señalan que la compañía se convierte, gracias a esta característica, en un nexo para contratos, y por lo mismo, al ser la compañía la que contrata, esta compromete su propio patrimonio, más no el de sus accionistas.[43] Esta conceptualización es esencial en el contexto de la temática del presente trabajo ya que este patrimonio, siendo solo de la compañía, forma parte de una estrategia de blindaje, lo que asegura que sea utilizado únicamente para los fines que se establecen en el objeto social, impidiéndose que

39 Stephen Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 488-489.
40 *Ibid.,* 494.
41 Paúl Noboa y Esteban Ortiz, "Personalidad Jurídica Independiente de la Sociedad por Acciones Simplificada y Responsabilidad Limitada", 592.
42 Reinier Kraakman, John Garmour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, *The Anatomy of Corporate Law*, (Londres: Oxford University Press, 2009), 9.
43 *Ibid.,* 7.

los accionistas se apropien de este y —lo más importante— que sirva como garantía de la compañía para los terceros al momento de obligarse, brindando así la seguridad de que esos bienes servirán para pagar las acreencias en caso de ser necesario.

De este modo, los accionistas actuarán únicamente como representantes de la compañía, y estarán autorizados a firmar por esta para vender o comprar activos, y obligarse en relaciones contractuales donde los bienes de la compañía se vean inmersos.[44] Complementando esta idea, Bainbridge menciona esta separación de patrimonio dentro de la figura de personalidad jurídica comentando sobre el juicio *Walkovsky v. Carlton*, dentro del cual, además de concluirse que la externalización de riesgo como tal no representa fraude, se aduce que entre la compañía y sus accionistas existe una relación de agente-principal.[45] Esta relación implica que la persona jurídica distinta de los accionistas no es, en ese sentido, completamente distinta, pues al ser un ente ficticio, su actuar es una expresión de voluntad de sus accionistas.

Asimismo, dentro del objeto del presente trabajo, esta distinción patrimonial recogida en la doctrina de personalidad jurídica está latente en la regulación de compañías, específicamente dentro de la SAS. En el artículo innumerado correspondiente a personalidad jurídica de la SAS se dispone lo siguiente:

> Art. (…). – Personalidad Jurídica: La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas.[46]

La legislación ecuatoriana, por consiguiente, recoge lo expuesto por Paúl Noboa respecto de que la especie societaria es un centro de imputación diferenciado que no comprometerá el patrimonio personal de aquellos accionistas quienes la conforman.[47] El Código Civil ecuatoriano, norma supletoria a la regulación de compañías, reafirma esta posición en su artículo 568:

> Art. 568. – La personería jurídica de una corporación no se confunde con la de sus miembros: (…) y recíprocamente, las deudas de la corporación no dan a nadie derecho a demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.[48]

Se concluye entonces que para las compañías en Ecuador, incluyendo en este espectro a la SAS, se separa al patrimonio de la compañía del de los accionis-

44 *Ibid.,* 8.
45 Ver, *Walkovsky v. Carlton* en: Stephen Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 482-486
46 Art. Innumerado Personalidad Jurídica, Ley de Compañías. R.O. 312 de 05 de noviembre de 1999.
47 Paúl Noboa y Esteban Ortiz, 592
48 Artículo 568, Código Civil, R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Útima reforma en R.O. 452 de 14 de mayo de 2021.

tas, de modo que no se podrá iniciar proceso alguno en contra de su patrimonio —salvo determinadas excepciones— por obligaciones en las que haya incurrido la sociedad. Cabe recalcar que, dada esta separación, el patrimonio de la SAS no pertenecerá ni se entenderá como propiedad de sus accionistas, considerando que se trata de una persona jurídica independiente.

9. Derechos laborales reconocidos en el Ecuador relevantes dentro del presente problema

9.1. Intangibilidad e irrenunciabilidad

De los principios ya analizados, la Constitución ecuatoriana aborda el principio de intangibilidad desde una perspectiva distinta respecto de las analizadas en apartados anteriores. El artículo 326 en su numeral 2 recoge los preceptos de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, convirtiendo en nula toda estipulación contraria a estos.[49] La Constitución, de la sola lectura, busca relacionar la irrenunciabilidad con la intangibilidad de los derechos laborales, de modo que sean complementarios entre sí. La razón que fundamenta la intención del legislador de relacionar ambos principios radica en que, si las personas pudieran renunciar a estos mediante estipulación contractual —por ejemplo— convirtiéndose en renunciables, perderían, por consiguiente, su calidad de intangibles.

El Código de Trabajo, por otra parte, es un poco más específico respecto de cómo concibe al derecho al trabajo. Esta norma deja de lado la noción de intangibilidad de manera expresa para referirse exclusivamente a la irrenunciabilidad de estos derechos. Esta característica, según la aborda Trujillo, se define como el acto unilateral mediante el cual un derechohabiente se despoja o desprende de este, con la principal intención de reconocer un beneficio a un tercero.[50] El ordenamiento jurídico reconoce esta capacidad de los particulares siempre y cuando esto no suponga perjuicios y sea consentida sin ningún tipo de vicio o coerción del derechohabiente.

No obstante, en el derecho laboral, si bien la relación bajo la que el trabajador se encuentra es netamente particular, esta rama del derecho reconoce que detrás de los intereses del trabajador se encuentran también los de sus dependientes, y en cierto sentido, incluso los de los demás trabajadores integrantes de la sociedad. Por esta razón, permitir una renuncia de los derechos a los trabajadores supondría no solo una mayor desigualdad frente al empleador —mayor de la que ya existe por la misma naturaleza de la relación

49 Artículo 326 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 del 15 de febrero de 2018.

50 Par. Julio César Trujillo Vásquez, *Derecho del Trabajo,* 46.

laboral— sino también un detrimento a los dependientes de este, afectando así al bienestar social.

Por lo expuesto, disintiendo de lo que en el Derecho Civil se consagra como regla general respecto de la posibilidad de renunciar a los derechos, en el derecho laboral se estipula expresamente lo contrario, declarando que todos los derechos derivados de la relación laboral serán irrenunciables y será nula toda estipulación en contrario.[51] Dentro del presente trabajo es menester tomar en consideración esta característica puesto que, una vez que la ley consagró la posibilidad de que aquellos empleadores que actúen en calidad de socios serán solidariamente responsables con el trabajador, ignorar lo prescrito en el artículo 41 del Código de Trabajo o limitar una vía para exigir el derecho por medio de un acuerdo entre las partes, llevaría únicamente a la nulidad de dicho pacto.

9.2. De interpretación favorable para el trabajador

Este principio de aceptación general conocido como *in dubio pro operario* consiste en que, frente a dudas sobre el alcance de la norma, los jueces y las autoridades administrativas fallarán siempre en aras de favorecer la situación del trabajador.[52] Esta duda, producto de un ejercicio de interpretación previo, según Julio César Trujillo consiste en dos factores fundamentales, siendo estos: i) la duda sobre el alcance de la norma y ii) aplicación de la norma más favorable.[53]

Para materia de este trabajo es esencial centrarse en el segundo punto. En lo que se refiere a la aplicación de la norma más favorable, el autor se refiere a la posible existencia entre dos normas, las cuales pueden ser aplicables al mismo caso en concreto. Los criterios de solución que generalmente se usan para determinar la aplicación de la norma más favorable, tales como la acumulación de normas o la conglobación de las mismas, no son aplicables cuando existe un conflicto entre normas de igual jerarquía.[54] En el caso de encontrarse frente a este supuesto, tal y como se lo plantea el problema jurídico, Trujillo concluye que debe primar el principio común de que las normas de carácter especial priman por sobre lo general;[55] lo que, en principio, apoyaría la primacía de lo dispuesto en la Ley de Compañías por sobre lo del Código de Trabajo.

Contrario es lo que sostiene Monesterolo, pues frente a la aplicación de la norma más favorable la autora señala que "[s]i hubiera más de una norma

51 Artículo 4, Código de Trabajo.
52 Jorge Vásquez López, *Nuevo Derecho Laboral Ecuatoriano.* 111
53 Julio César Trujillo*, Derecho del Trabajo,* 43.
54 *Ibid.*, 43.
55 *Ibid.,* 44.

aplicable debería optarse por aquella que sea la más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos de jerarquía de las normas".[56] Por ejemplo y siguiendo la línea de Monesterolo, ignorar los criterios como el de jerarquía para la solución de un conflicto de normas implicaría entonces que un reglamento u ordenanza municipal que contenga preceptos más favorables que la constitución debería primar sobre esta. Por lo tanto, esta opinión, en lo que respecta al objeto del presente trabajo, resulta ser una idea sumamente peligrosa para la seguridad jurídica.

10. Discusión sobre el conflicto de normas entre el Código de Trabajo y la Ley de Compañías

Realizado el análisis sobre los principios que sostienen el presente trabajo, se busca discutir sobre el conflicto de normas suscitado a partir de la implementación de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (en adelante LOEI), mediante la cual se incluye en la normativa societaria un nuevo tipo de sociedad, la SAS. Como fue mencionado anteriormente, la regulación de la SAS en su primer artículo referente a la limitación de responsabilidad dispone que, salvo que se desestime la persona jurídica en sede judicial, el o los accionistas no serán responsables por obligaciones laborales en las que incurra la sociedad.[57] Mediante este se plantea que existe un eximente total de responsabilidad para los accionistas frente a tales obligaciones, planteando como única excepción la desestimación de la persona jurídica.

Por otro lado, el Código de Trabajo dispone en su artículo 41 que, en cualquier caso, cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores en calidad de socios interesados en la misma empresa, estos serán solidariamente responsables con el trabajador.[58] Con la finalidad de esclarecer aún más el presente conflicto, es menester aclarar la interpretación de la palabra "Empresa" dentro del mismo. A fin de evitar interpretaciones difusas, se entiende la palabra empresa en estricto sentido con lo prescrito en el Código de Comercio, el cual dispone lo siguiente:

> Art. 14. – Empresa es la unidad económica a través de la cual **se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada** (**énfasis añadido**).[59]

Dicho esto, la empresa se define por la Ley, y deberá ser entendida como unidad económica donde se unen todos los elementos, sean personales, como la

56 Par. Graciela Monesterolo, *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano.* 46
57 Art. Innumerado Limitación de Responsabilidad, LC.
58 Artículo 41, CT.
59 Artículo 14, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497 de 24 de mayo de 2019.

presencia de los socios o accionistas; y a la vez inmateriales como la persona jurídica creada para una finalidad específica. Dicha unidad económica tiene su génesis en el interés que despierta en los intervinientes de esta, quienes generalmente son los accionistas, sin que haya limitación a más interesados, quienes a su vez formarían otro elemento personal dentro de dicha definición.

Tomando en consideración lo antedicho, es claro que realizando una interpretación sistemática y contextual del Artículo 41 del Código de Trabajo con el Artículo 14 del Código de Comercio, al referirse a empresa se alude a esta unidad económica donde confluyen varios intereses. De este modo, interpretando a la empresa en estricto sentido legal y, si adicionalmente se llega a utilizar el *In Dubio Pro Operario* para mejor resolver, resulta inequívoco que se entienda a la empresa en el artículo 41 como esta unidad económica donde confabulan los intereses personales, siendo estos los de los socios o accionistas. Por lo tanto, siguiendo esta línea, se configuran todos los elementos para que los accionistas, como interesados en la empresa, se consideren responsables solidariamente, dando lugar al conflicto de normas objeto del presente trabajo.

Es así como, teniendo clara la interpretación de empresa respecto a lo que la ley indica, es evidente que nos encontramos frente a dos normas de la misma jerarquía, las cuales para un caso en concreto, proponen dos vías contradictorias entre sí respecto de la responsabilidad por obligaciones laborales. Es importante resaltar que, dado que la Ley de Compañías **sí** contempla casos excepcionales en los cuales se levanta el velo societario, esta contradicción da surgimiento a una antinomia parcial, pues **sí** hay casos en donde se prevé una solidaridad de los accionistas.

Respecto de lo antedicho, el conflicto de normas podría ser abordado de distintas formas de modo que se determine cuál es la norma que prima. La vigencia de ambas normas representa el surgimiento de una antinomia, y por lo mismo, esta puede ser solucionada mediante algunos mecanismos tales como plantear una derogación tácita, o una utilización de los criterios para solución de antinomias, los cuales serán discutidos a continuación.

10. 1. Sobre la derogación tácita

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LGJCC) en su artículo 96 numeral 1 dispone que una de las maneras para que una norma pierda vigencia y deje de aplicarse, es mediante una derogatoria.[60] En palabras de Juan Francisco Guerrero, la derogatoria es un acto de voluntad legislativa que provoca que la norma no pueda aplicarse para situaciones

60 Artículo 96 numeral 1, Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionales, Registro Oficial Suplemento 52 de 10 de septiembre de 2009. Última reforma en R.O. 452 de 03 de febrero de 2020.

jurídicas futuras.[61] A su vez, la derogación de una norma puede darse de dos maneras, expresa o tácita. La Corte Constitucional ha dicho al respecto que la derogación expresa se da a partir de que la norma que se crea, revoca expresamente la anterior. Por otro lado, la derogación tácita nace de la incompatibilidad de una norma nueva y una antigua.[62]

La duda presentada recae sobre si, en efecto, cuando no hay derogación expresa y existe un conflicto de normas, tiene lugar la derogación tácita o únicamente se estaría frente al surgimiento de una mera antinomia que no acarrea que alguna norma quede derogada. La doctrina se ha pronunciado al respecto concluyendo que el concepto de derogación tácita constituye un problema, pues al recaer en un mero ejercicio de interpretación de normas, implica una falta de certeza sobre qué norma debe aplicarse.[63]

Como mecanismo para evitar este tipo de conflictos de normas, ha sido sugerido por varios autores disponer que sea el legislador quien derogue expresamente las normas que, en razón de la entrada en vigencia de una nueva norma, dejen de aplicarse. Esto, en palabras de Guerrero es fácticamente imposible, puesto que eso implicaría un ejercicio exhaustivo por parte del legislador, además de que es sumamente complicado prever todos los casos en los cuales pueda darse un conflicto de normas.[64]

Sin embargo, el mero hecho de no poderse prever tales situaciones no implica que las normas se encuentren exentas de enfrentarse con nuevas normas que contradigan sus disposiciones. Es por esta razón que, si bien la derogatoria tácita propiamente dicha presenta problemas al momento de aplicar una norma, el autor propone como una posible solución que, en virtud de no poderse declarar mediante un acto normativo una prohibición de surgimiento de antinomias, la Corte Nacional de Justicia mediante precedentes jurisprudenciales obligatorios, o la Corte Constitucional, permitan que sea el juez en cada caso concreto quien, después de hacer un análisis interpretativo sobre las normas de conflicto, declare mediante sentencia debidamente motivada la derogatoria tácita de una de las normas que hace surgir una antinomia.[65]

Esta posición, si bien tendría efectos prácticos útiles respecto de un conflicto de normas, debe tomar en consideración que las sentencias no tienen efecto constitutivo, es decir, no crean derecho. Por lo tanto, la labor de las decisiones judiciales radica en reconocer o no un derecho y, por lo tanto, lo decidido en sentencia tiene efectos *inter partes*. En virtud de no contemplarse esto en la ley, y dado que los jueces en ejercicio de sus potestades públicas no pueden

61 Juan Francisco Guerrero, "La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de antinomias" de *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE,* (2020), 229.
62 Sentencia Corte Constitucional del Ecuador, No. 001-13-SIA-CC 2013 de 21 de marzo de 2013, 27.
63 Marina Gascón Abellán, "Cuestiones sobre la Derogación" de *Revista DOXA,* 15-16 (1994) 858.
64 Juan Francisco Guerrero, "La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de antinomias", 234.
65 *Ibid., 234.*

hacer sino lo que la ley les atribuya dentro de sus funciones, esto no sería sino una mera consideración que es sugerida para una aplicación a futuro. Dicho aquello, frente a que ambas normas discutidas mantienen su vigencia, es claro que producto de estas ha surgido una antinomia, lo que requiere que se determine la primacía de alguna de estas mediante los criterios de solución de antinomias, mismos que serán analizados a continuación.

10.2. Criterios de solución de antinomias

En virtud de que la derogación tácita no es un mecanismo que dé una respuesta concreta sobre qué norma se aplica cuando existe un conflicto de normas, es menester recurrir a otros recursos tales como los criterios de solución de antinomias. En palabras de Farith Simon, una antinomia se define como una contradicción, sea real o aparente, entre dos normas jurídicas.[66] Es decir, una antinomia se produce cuando dos normas referentes a un mismo hecho contemplan dos consecuencias jurídicas incompatibles entre sí. Por ejemplo, puede darse el caso que, sobre la misma materia, una norma ordena que algo se realice de manera obligatoria, mientras otra disposición lo prohíbe.

Respecto de estos conflictos, los cuales en la legislación ecuatoriana suelen darse con frecuencia, el ordenamiento jurídico prevé distintos criterios como base para determinar la norma aplicable cuando surge una antinomia. Estos criterios se dividen en cuatro, siendo estos: i) jerarquía; ii) cronológico; iii) especialidad y iv) competencia. Los mencionados criterios se aplican, a su vez, con base en una jerarquía, de modo que, una vez que se concluye que uno es inaplicable, se pasará al siguiente hasta que uno de estos criterios se aplique al problema en concreto, según se analizará más adelante.

10.2.1. Criterio de jerarquía

Este criterio, en palabras resumidas, tiene su génesis en la estructura escalonada sobre la cual nuestras normas se clasifican. Es así que las más cercanas a la cumbre de la conocida "Pirámide de Kelsen", serán aquellas que primarán sobre las que se encuentran en los eslabones inferiores. Este criterio fundamenta su ser en que la norma de mayor jerarquía permite, por su naturaleza, la creación de normas inferiores, resultando imposible que una norma de menor jerarquía prime por sobre la norma jerárquicamente superior que permite dar origen a la promulgación de la primera.[67] Sin embargo, en virtud de que el presente trabajo radica sobre un conflicto de normas de igual jerarquía, este principio es inaplicable dado que ambas se encuentran dentro del mismo eslabón normativo.

66 Farith Simon Campaña, *Introducción al Estudio del Derecho,* (Quito: Cevallos, 2017), 140.
67 Juan Francisco Guerrero, "La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de antinomias", 237.

10.2.2. Criterio cronológico

El criterio cronológico consiste en que, frente al conflicto suscitado entre dos normas de la misma jerarquía, primará aquella que haya sido expedida con posterioridad a la otra. Esto, según lo fundamenta Bobbio, ocurre porque no sería acertado pensar que una nueva normativa no pueda ser aplicada por impedimentos de las anteriores, pues esto causaría que se obstaculice el progreso jurídico que se da en torno a las necesidades sociales.[68] Este criterio es fundamental dado que apoya lo desarrollado anteriormente respecto de la derogación tácita, pues según Guerrero, una vez que una norma posterior entra en vigencia y la misma se contradice con normativa anterior, la derogación tácita entra en vigor,[69] asumiendo que ambas normas son generales.

Este criterio resulta imprescindible, en virtud de que las normas que conforman la presente discusión, en efecto, se refieren a una situación jurídica en particular y prevén dos soluciones completamente opuestas, además de que la disposición recogida en la Ley de Compañías fue expedida posteriormente a lo mandado en el Código de Trabajo. En este sentido, puede tomarse en consideración que, si se utiliza este criterio para solucionar la antinomia presentada, primaría en principio y bajo este concepto, lo recogido en la Ley de Compañías por sobre el Código de Trabajo respecto de que los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales.

10.2.3. Criterio de competencia

A raíz de que en el Ecuador existe la posibilidad de descentralizar o desconcentrar las funciones del Ejecutivo y Legislativo a fin de asegurar un manejo efectivo de los territorios bajo su control, es común que existan normas jurídicas de fuentes distintas, como por ejemplo ordenanzas distritales u ordenanzas municipales contradictorias entre sí.[70] Por esta razón el prenombrado criterio recogido en el artículo 3 de la LOGJCC describe como, frente a conflictos entre dos normas de una misma fuente, primará aquella que, según la respectiva reserva normativa,[71] le sea atribuible resolver el determinado caso en razón de su competencia.

Este criterio posee estrechos lazos con el criterio de jerarquía analizado con anterioridad, dado que frente a una antinomia, será la norma jerárquicamente superior la que haya establecido la reserva normativa pertinente para determi-

68 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho,* (Bogotá: Temis, 2012), 202.
69 Juan Francisco Guerrero, "La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de antinomias", 242.
70 Farith Simon Campaña, *Introducción al Estudio del Derecho,* 144.
71 Reserva Normativa se define como aquella en reserva establecida por mandato constitucional para que determinadas materias sean reguladas por una norma de clase o categoría específica. Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/reserva-normativa (Último acceso en 14 de noviembre de 2021).

nar qué norma tiene primacía. De cierta forma se asemeja al criterio jerárquico porque la norma superior, en este caso la Constitución, es el instrumento que determina la primacía de una norma sobre la otra dentro de un caso específico. No obstante, este no es aplicable al caso dado que, respecto de las normas discutidas no existe una reserva normativa dada por mandato constitucional que defina cuál norma y bajo qué concepto debería primar sobre la otra.

10.2.4. Criterio de especialidad

Este principio es de vital importancia para el presente trabajo, ya que su objetivo radica en determinar la especialidad sobre la cual la norma versa. En este sentido, según es explicado por Guerrero, presentada la contradicción entre dos normas, generalmente pertenecientes al mismo nivel jerárquico, deberá prevalecer la norma especial por sobre la general.[72]

Por ejemplo, dejando de lado la calidad de ley orgánica o ley ordinaria para modo de ilustrar, el Código Civil, como norma general, regula las relaciones entre privados, entre ellas, incluso instituciones como el matrimonio o particularidades sobre los menores de edad. Por otro lado, el Código de la Niñez y Adolescencia regula de manera especial y a fondo analiza las particularidades sobre menores que no se contienen en el Código Civil, por lo cual estaríamos frente a una norma de carácter especial dada la materia que regula.[73]

La particularidad sobre este criterio expuesto por Juan Francisco Guerrero radica en lo complejo que resulta determinar cuál norma es la especial frente a la situación sobre la cual hay contradicción. Guerrero sostiene que en estas situaciones dependerá del intérprete y del ejercicio de interpretación que este realice en función del contraste de los hechos que se busca regular.[74]

Siguiendo la línea del autor, respecto del presente trabajo existen algunas perspectivas respecto a qué norma puede ser considerada especial. Por un lado, existe la posibilidad de que la norma prescrita en el Código de Trabajo referente a la solidaridad de los socios frente a las obligaciones laborales resulte como norma especial. Esto puede dilucidarse argumentando que esta norma regula materia de derechos laborales, además de regularse dentro de esta todo lo referente a materia laboral, por esa razón debería ser considerada especial.

No obstante, se puede contra argumentar lo antedicho sosteniendo que la norma especial en el caso presentado sería la recogida en la Ley de Compañías. Esto en virtud de que por un lado, el artículo referente a la limitación de responsabilidad específicamente regula sobre la eximente de responsabilidad de

72 Juan Francisco Guerrero, "La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de antinomias", 241.
73 Farith Simon, *Introducción al Estudio del Derecho,* 143.
74 Juan Francisco Guerrero, "La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de antinomias", 241.

los accionistas, factor inherente a la naturaleza de la empresa y materia propia de la Ley de Compañías. Además, la regulación de dicha responsabilidad se da dentro de un tipo societario en específico, más no se lo establece como una generalidad de todas las compañías reguladas dentro de este cuerpo normativo.

Sin embargo, contrario a lo explicado por Guerrero, Riccardo Guastini sostiene que la Ley cuando se aprueba no se manifiesta como una decisión ligada a razones o fines de quien la quiere, sino como un texto integrado al ordenamiento,[75] por lo tanto, la *Ratio* de la norma es vinculante cuando se entiende su sentido funcional.[76] Esta posición es adoptada dentro del trabajo pues, si bien depende del intérprete, esto no implica que se entienda la norma de cualquier manera, pues la solución de antinomias debe ser una en todos los casos, no puede variar según quién la interpreta. Por estas consideraciones este trabajo sostiene la tesis de que esta norma tiene primacía por tratarse de regulación de Compañías, además de que, tratándose específicamente de la SAS, sus supuestos de aplicación resultan más restringidos, por esa razón se trata de la norma especial.

10.3. Orden o prelación para la aplicación de los criterios de solución de antinomias

Como consecuencia de que la ley regule varias formas mediante las cuales una antinomia puede ser solucionada, el legislador estableció, a su vez, un orden de aplicación de los criterios que anteceden, a fin de que la solución del conflicto de normas suscitado pueda —en la medida de lo posible— ser lo más sistemático posible. Bobbio se refiere a la relevancia de este orden de aplicación de criterios sosteniendo que, de no ser por un orden establecido, los conflictos de normas se solucionarían de modo distinto dado el criterio que se aplique primero, cambiando el resultado en razón del ejercicio interpretativo que se realice para cada caso.[77]

Por esta razón, la Constitución en su artículo 425 se refiere, respecto de la prelación de los criterios, que, en caso de suscitarse conflicto entre normas de distinta jerarquía, los jueces, autoridades administrativas o servidores públicos resolverán dicho conflicto aplicando la norma jerárquicamente superior.[78] Dentro del mismo artículo se dispone que la jerarquía normativa mencionada en el inciso anterior considerará en lo que corresponda al principio de competencia.[79] De lo expuesto se concluye, en principio, que el criterio que prima sobre todos los demás es el criterio de jerarquía. Sin embargo, existen casos en

75 Riccardo Guastini, *Interpretar y Argumentar,* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 268.
76 *Ibid.*
77 Norberto Bobbio*, Teoría General del Derecho,* 207.
78 Artículo 425, Constitución de la Republica del Ecuador.
79 *Id.*

donde, según la misma norma lo indica, sucede que una disposición normativa de menor jerarquía prevalezca por sobre una de mayor jerarquía en razón del principio de competencia.

Esto llevaría a la conclusión de que el criterio de jerarquía deber ser el primero en aplicarse según el inciso primero del artículo mencionado. No obstante, en virtud de lo prescrito en el inciso final, para casos en específico podría darse la situación en la que una norma de inferior jerarquía pueda primar gracias al criterio de competencia. Por esa razón, sería correcto afirmar que el primer criterio a aplicar con base en la norma sería el de competencia, y en segundo lugar el de jerarquía, pues este va implícito dentro del primero, posición que es adoptada por Juan Francisco Guerrero.[80]

Dado que las normas dentro del presente trabajo son de misma jerarquía y sin una reserva normativa que implique una primacía de una sobre la otra, estos dos criterios no se aplican dentro del presente caso. Por consiguiente, la antinomia deberá ser resuelta o bien con el criterio cronológico o con el criterio de especialidad. No obstante, a diferencia de los criterios analizados con anterioridad, la ley no contiene de manera expresa qué criterio se aplica por sobre otro, pues los criterios deben ser analizados en conjunto para determinarse la aplicación.

La doctrina concuerda en que no existe una posición que reafirme que haya primacía indiscutible de un criterio sobre otro.[81] Sobre este particular, nuestro ordenamiento jurídico podría bien dar ciertos lineamientos para determinar qué criterio debería utilizarse primero. El Código Civil en su artículo 39 prescribe que la ley especial anterior no se deroga por la general posterior, a menos que sea expresa.[82] En este sentido, si bien se entiende que sería inicialmente el criterio cronológico el que prima, dicha primacía va sujeta a la condición de que debe ser expreso. *Contrario sensu,* si no hay intención expresa del legislador de derogar la norma anterior, se entiende que el criterio a utilizar corresponde al de especialidad, dado que no se cumple con la condición de que permita aplicar el criterio cronológico.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional italiana se pronunció respecto de qué debe tomarse en cuenta al momento de utilizar un criterio de solución de antinomias antes que otro, sosteniendo que la determinación de un orden de aplicación de los criterios es complicada en principio porque siempre debe tomarse como factor principal tanto la intencionalidad del legislador como la *Voluntas Legis* o la voluntad objetiva del texto legal. Por esta razón,

80 Ver, Juan Francisco Guerrero, "La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de antinomias" de *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE,* (2020), 244.

81 Francisco Ezquiaga Ganuzas, "Conflictos e interpretación Jurídica" en *Cuadernos de Divulgación sobre Cultura de la Legalidad,* (2010), 34

82 Artículo 39. CC.

es imposible afirmar que en todos los casos la *Lex posteriori generalis derogar priori especiali.*[83] Dependerá entonces, enteramente del ejercicio interpretativo que se realice para la determinación de cuál criterio será el más idóneo para solucionar la antinomia.

10.4. Aplicación del criterio de especialidad como método ideal para la solución del problema jurídico

Respecto del caso presentado referente al conflicto entre la Ley de Compañías y el Código del Trabajo, y luego de tomar en consideración todos los criterios expuestos, se considera que el criterio más apropiado sería el de especialidad, dada la imposibilidad de aplicar criterios como el de jerarquía o competencia. Incluso, aunque el criterio cronológico es aplicable dado que se trata de dos normas de la misma jerarquía, se considera que el de especialidad es más aplicable considerando la importancia de la materia discutida, pues muchos factores se dejarían de lado si se considera únicamente qué norma es más reciente.

Dicho esto, aplicando el criterio de especialidad se sostiene que aquella norma con primacía es la recogida en la Ley de Compañías, y frente a un conflicto de normas que se suscite en el futuro, debería aplicarse lo dispuesto en esta ley, eximiendo de responsabilidad a los accionistas por obligaciones laborales en las que incurra la sociedad, salvo las excepciones contempladas. Esta conclusión se obtiene con base en los puntos mencionados respecto a que la responsabilidad limitada es un elemento esencial de las compañías en Ecuador, por lo que su regulación compete a la ley especializada en materia de compañías.

Por otro lado, el punto que más fundamenta el argumento de la Ley de Compañías como norma de carácter especial, se basa en que esta regula un caso concreto, siendo este el de las obligaciones laborales en la SAS, lo que implica que lo reglamentado respecto de que los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, no se refiere necesariamente a un desconocimiento de responsabilidad en otros tipos societarios. Incluso, es necesario mencionar que en el Código de Trabajo la disposición referente a una responsabilidad solidaria se hace respecto de los socios, por lo cual esto sostiene la posición del presente trabajo, en virtud de que la norma laboral se refiere a socios como generalidad, lo que implica que una regulación específica dentro de la Ley de Compañías no supone un desconocimiento de esta obligación en la compañía de responsabilidad limitada, por ejemplo.

83 Sentencia 29/1976 en Juan Francisco Guerrero, 246.

11. Primacía de la Ley de Compañías: ¿supone una violación a los derechos laborales?

Una vez determinada la primacía de lo dispuesto en la Ley de Compañías por sobre lo recogido en el Código de Trabajo respecto de la responsabilidad de los accionistas en obligaciones laborales, es correcto suponerse que esta primacía podría implicar una posible violación a los derechos de los trabajadores. Esto, en virtud de que se estaría desconociendo aquellos derechos adquiridos respecto de demandar solidariamente a los socios de una compañía mediante el artículo de responsabilidad limitada de la SAS, noción completamente contraria al principio de Intangibilidad analizado dentro de los primeros acápites del presente trabajo.

Como fue mencionado con anterioridad, en Colombia se suscitó un conflicto similar al analizado dentro del presente problema de investigación. Con la implementación de la SAS en Colombia, se presentó una demanda de inconstitucionalidad del artículo que desconocía la responsabilidad de los accionistas por obligaciones laborales en este tipo societario. La Corte Constitucional, analizando las pretensiones de la parte actora, falló a favor de declarar exequible dicho artículo, fundamentándolo en los puntos que se exponen a continuación:

11.1. Empresa como función social

La sentencia basa su decisión, entre muchos otros argumentos, en que es de suma importancia reconocer la limitación de responsabilidad como garantía constitucional de las personas jurídicas, aduciendo que la responsabilidad limitada encuentra su fundamento en un fin social y constitucional válido, respondiendo a la necesidad del Estado en preservar y estimular la actividad económica y la inversión, necesidad que se recoge en el artículo 333 de su norma suprema.[84] Es así como, sugerir que se desconozca esta separación entre los socios y la sociedad en cuestión, supondría una amenaza a la economía y, por ende, a la confianza de los inversionistas en el ordenamiento jurídico, el cual tiene como única finalidad brindar seguridad jurídica respecto de todas las actividades que regula.

En este sentido, y desde el punto de vista ecuatoriano, la Constitución reconoce a la libertad de empresa en el artículo 66 numeral 15, sosteniendo que se salvaguarda el derecho de las personas a realizar actividades económicas con base en los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. En este sentido, el Estado reconoce la necesidad de incentivar actividades empre-

84 Edier Esteban Manco Pineda c. Ley 1258 de 2008 artículo 1, pag. 16, párr. 5.

sariales,[85] y estas no pueden verse afectadas mediante mecanismos que supongan desincentivos para los empresarios. Por consiguiente, es necesario tomar en consideración que esta responsabilidad limitada tiene su fundamento, no en suponer violación de derechos, sino preponderar la circulación de riqueza y el crecimiento económico como medio idóneo para lograr un desarrollo eficiente.[86]

Por otro lado, la misma sentencia reconoce que este principio de responsabilidad limitada comprende los hechos fácticos que se derivan de su aplicación, siendo que a veces son mal utilizados y suponen un peligro a los terceros. Por esta razón, no desconoce que el ordenamiento jurídico tiene una obligación de salvaguardar todos los intereses que se vean involucrados como consecuencia de esta responsabilidad limitada. Por eso, se tipifican casos específicos en los cuales los terceros, entre estos los trabajadores, pueden hacer efectivos sus derechos frente a un abuso de esta responsabilidad limitada, tales como los enunciados a continuación.

11.2. Desestimación de la personalidad jurídica

Esta figura, definida por Bainbridge, supone que los acreedores de la sociedad podrán desconocer la figura de personalidad jurídica distinta de los socios o accionistas, con la única finalidad de perseguir a estos por las acreencias de la persona jurídica utilizada para configurar fraude o abuso.[87] Esta institución es reconocida tanto en la legislación colombiana como en la ecuatoriana, pues en el caso de la SAS, en conjunto con su ingreso al ordenamiento jurídico ecuatoriano, se dispuso además en el artículo innumerado que en caso de que la SAS sea utilizada en fraude a la ley o perjuicio a terceros, podrá demandarse en sede judicial la desestimación de la persona jurídica a fin de que los accionistas o administradores que hayan participado o facilitado dichos actos defraudatorios respondan solidariamente.[88]

Por consiguiente, demostrado el fraude o abuso por parte de los accionistas a terceros acreedores, se reconoce este mecanismo como vía de acceso a los derechos vulnerados, y lo más importante, impide que la personalidad jurídica proteja a aquellos que pretendan usarla para perjudicar a los terceros. Este mecanismo fue reconocido en la decisión de la Corte como un medio idóneo para hacer efectivos los derechos y sostener, una vez más, que existen varios medios por los cuales un tercero acreedor puede hacer exigibles sus derechos ante los accionistas.[89]

85 Artículo 66 numeral 15, Constitución del Ecuador.
86 Edier Esteban Manco Pineda c. Ley 1258 de 2008 artículo 1, pag. 17, párr. 5.
87 Stephen Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 481.
88 Art. Innumerado Desestimación de la Persona Jurídica, LC.
89 Edier Esteban Manco Pineda c. Ley 1258 de 2008 artículo 1, pag. 18, párr. 2.

11.3. Abuso de derecho y fraude

La figura de abuso del derecho se configura, según el análisis realizado por la Corte, cuando por parte del derechohabiente existe un ejercicio manifiestamente irrazonable y desproporcionado. Adicionalmente, para su existencia no se necesita de intención o culpa alguna, sino más bien únicamente basta con que se configure un resultado desproporcionado conforme las finalidades previstas en el ordenamiento para una disposición o institución jurídica.[90]

El abuso del derecho es igualmente contemplado en la Ley de Compañías en su artículo innumerado correspondiente al abuso de derecho al voto, el cual dispone que cuando el voto sea ejercido con el propósito de causar un daño a los accionistas, compañía o terceros, el accionista responderá por los daños y perjuicios causados, además de sujetarse a una posible declaratoria de nulidad de la decisión por el juez o autoridad competente.[91]

En el artículo 403 de la misma ley se contempla el caso de fraude, pues en el cuarto inciso que luego de haberse repartido el haber social en caso de liquidación y se hubiere comprobado debidamente un fraude, negligencia o abuso de los bienes o efectos de la compañía que se encontrare en liquidación, los responsables de la liquidación y los administradores serán ilimitada y solidariamente responsables por las obligaciones insatisfechas por terceros.[92] Inclusive en el artículo 440, se reconoce la facultad de inspeccionar compañías con la finalidad de que las disposiciones contenidas en el estatuto no supongan abuso de la personalidad jurídica, además de contemplar la investigación de oficio por hechos que pudieran responder a violar derechos o normas jurídicas.[93]

Por esto, por medio de estos mecanismos las compañías se sujetan a un estricto control por parte de la autoridad a fin de que esta vigile exhaustivamente que ninguna acción pueda vulnerar los derechos de terceros, además de suponer vías mediante las cuales, en caso de suscitarse una violación de derechos, los involucrados puedan acudir a los distintos aparatos de justicia a fin de exigir un cumplimiento de lo dispuesto en la ley y resarcimiento por los daños causados.

90 *Id.*, pág. 19 párr. 6.
91 Artículo Innumerado Abuso de derecho de voto, LC.
92 Artículo 403, LC.
93 Artículo 440, LC.

11.4. Otros medios para la protección de acreedores

11.4.1. Prelación de créditos

El Código Civil, para casos en los cuales haya duda sobre a quiénes deban ser canceladas sus obligaciones con prioridad, establece un orden de modo que aquellos quienes se encuentren frente a un riesgo mayor de no ser resarcidos, puedan hacer efectivos sus derechos. En su artículo 2374 numeral 5 se establece como acreedores de primera clase, y por ende acreedores de mayor prioridad, a los trabajadores, y expone que serán créditos de primera clase aquellos que el empleador deba por ley al trabajador por concepto de sus labores realizadas en ejercicio de sus funciones para las que fue contratado. Además, señala que estos acreedores tendrán prioridad incluso frente a acreedores hipotecarios.[94] Sin embargo, es importante mencionar que la Ley de Apoyo Humanitario regula también a los acreedores de primera clase, pero incluye a más beneficiarios dentro de esta categoría.[95]

De lo recogido es claro que, frente a un riesgo de no cobrar sus acreencias, la ley dota a los trabajadores de este privilegio de ser acreedores de primera clase pues, por naturaleza, su relación supone una cierta desventaja frente al empleador, y por ende esta debe ser compensada a la hora de poder hallarse en peligro de no ser resarcidos.

11.4.2. Demora en la conclusión de la liquidación

El artículo 411 de la Ley de Compañías señala que, si la demora en la conclusión de la liquidación tiene como finalidad defraudar o causar daño a terceros, los socios o accionistas serán solidariamente responsables frente a estos.[96] Este artículo denota que, incluso hasta que la compañía se liquide debidamente, los socios o accionistas deberán actuar siempre de buena fe de modo que los terceros puedan cobrar sus acreencias debidamente. Si estos llegasen a actuar de mala fe para dilatar el proceso de liquidación, la ley prevé que serán solidariamente responsables dada la situación de vulnerabilidad a la que exponen a los terceros.

94 Artículo 2374 numeral 5, Código Civil.
95 Artículo 34, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, R.O suplemento 229 de 22 de junio de 2020. Última reforma R.O. suplemento 434 de 19 de abril de 2021.
96 Artículo 440, LC.

11.4.3. Responsabilidad solidaria de los representantes de empleadores

El Código de Trabajo reconoce dentro de su normativa la responsabilidad de los representantes del empleador. De este modo, en su artículo 36 dispone que el empleador y sus representantes, sean estos directores, administradores, gerentes o demás, adquieren la calidad de responsables solidarios frente a las relaciones que tienen con los trabajadores.[97] Este mecanismo supone otra vía de protección a los trabajadores como acreedores de una compañía, de modo que, si por alguna razón no fuera posible hacer válidas sus acreencias frente a la compañía o a los socios, la ley dispone responsabilidad solidaria a los representantes, a fin de que el trabajador nunca quede en indefensión.

Por los antecedentes expuestos, el presente trabajo sostiene que la primacía de la Ley de Compañías por sobre el Código de Trabajo no supone una violación a los derechos laborales, principalmente porque lo dispuesto en la Ley de Compañías responde al principio de libertad de empresa como principio constitucional, con la única finalidad de incentivar el ejercicio económico y el progreso de la sociedad como tal. Además, no supone una supresión de vías de acceso a los derechos de los trabajadores, ya que, tal y como ha sido analizado en párrafos anteriores, los trabajadores poseen una variedad de opciones para ejercer sus derechos frente a un posible fraude a la ley que pretenda dejarlos en indefensión.

12. Conclusiones y recomendaciones

Este trabajo tuvo como principal objetivo analizar si el eximente de responsabilidad de los accionistas frente a obligaciones laborales en la SAS supone una violación a los derechos laborales consagrados en el artículo 41 del Código de Trabajo. Para esto, a modo de contexto, se analizaron los principios constitucionales que sostienen la tesis de que los derechos laborales son intangibles e irrenunciables como pauta principal para iniciar la presente discusión. Las limitaciones respecto del presente trabajo fueron las concernientes al escaso análisis doctrinario del problema en concreto, en virtud de ser una reforma reciente, lo que derivó en la búsqueda de una solución mediante un ejercicio de interpretación pormenorizada de la normativa ecuatoriana, a fin de llegar a las conclusiones buscadas.

Frente al conflicto, se analizaron los criterios de solución de antinomias a fin de poder determinar la norma que prima en esta situación, para concluir que, por criterio de especialidad, la norma de la Ley de Compañías prima por sobre

97 Artículo 41, CT.

el Código de Trabajo en virtud de tratarse de una norma especial por sobre una de carácter general. Esta conclusión llevó a la discusión de si tal primacía podía o no constituir una violación a los derechos laborales, cuestión que, con un análisis de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-090, llevaron a la conclusión de que dicha norma no supone una vulneración a los derechos laborales.

Esto principalmente porque lo que hace este artículo es responder al principio constitucional de la actividad empresarial como función social, lo que tiene como finalidad incentivar a la sociedad al ejercicio económico y al progreso, sin que esto signifique dejar de lado a grupos vulnerables como los trabajadores. Además, la sentencia y el presente análisis concuerdan en que, si bien se exime de responsabilidad a los accionistas por obligaciones laborales, esto supone una excepcionalidad que solo es aplicable a la SAS, y que esto no supone un bloqueo al ejercicio de los derechos laborales, pues existen varias vías de acceso para estos de modo que puedan ejercer sus derechos en caso de un posible daño.

Es importante señalar que uno de los factores fundamentales que sostienen la no vulneración de los derechos laborales recae en que el legislador en ningún momento deja de contemplar la responsabilidad solidaria del accionista en el artículo discutido, ni tampoco supone una exoneración absoluta de responsabilidad por obligaciones laborales por parte del accionista en la SAS. Al contrario de lo que podría interpretarse, únicamente se deja de plantear la solidaridad como regla general y hace énfasis en su aplicación excepcional, luego de que se haya configurado un fraude o abuso por parte de los accionistas y este haya sido determinado dentro de un proceso judicial que tenga como objeto desestimar la persona jurídica.

Mediante este análisis, más allá de no vulnerar los derechos de los trabajadores, se reconoce la responsabilidad limitada como factor esencial dentro de la regulación de compañías, cuestión que permite el desarrollo adecuado de una compañía e incentiva al empresario a la creación de nuevas. Cabe resaltar que, al reconocer a la solidaridad como excepcionalidad, el legislador pondera la seguridad jurídica que pretende brindar el principio de responsabilidad limitada, ajustándose a los lineamientos de cómo debe manejarse correctamente un conflicto en el que una compañía efectivamente pretenda hacer uso de su personalidad jurídica para afectar a terceros.

Con base en lo antedicho, no resultaría acertado contemplar a la solidaridad como regla general, dado que, bajo ese lineamiento, se estaría suponiendo que todo acto realizado por los accionistas por medio de la persona jurídica va ligado con mala fe, lo cual pondría en indefensión a cualquier compañía que realice actividades dentro de su objeto social que no presente beneficio a terceros, como en este caso, serían los trabajadores.

Adicionalmente, la conclusión no limita ni vulnera la aplicación del principio *in dubio pro operario,* sencillamente porque, como fue analizado con anterioridad, dicho principio se aplica frente al desconocimiento sobre el alcance de una norma, cuestión que no corresponde al caso, por lo tanto su función recae más dentro de la interpretación. En este caso, considerando la especialidad de la norma de la Ley de Compañías, la aplicación de esta es únicamente en aquellos supuestos donde se trate de una SAS, respondiendo a una finalidad económica y empresarial.

No obstante, es importante tener en consideración que, a pesar de que el presente trabajo va de la mano con lo concluido en Colombia, la realidad ecuatoriana respecto de la protección a los trabajadores ha sido mucho más estricta, por lo que existe una posibilidad de que el presente conflicto de normas puede llevar a una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo innumerado de la Ley de Compañías referido en el presente artículo. Esto, en concordancia con las reiteradas posturas a favor de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en sentencias ecuatorianas.[98]

Por estas consideraciones, este trabajo recomienda que, en caso de suscitarse en el futuro un conflicto entre las normas mencionadas con anterioridad, las autoridades competentes, luego de su respectivo análisis, deberán reconocer la especialidad de la norma de la Ley de Compañías, tomando en consideración todos los factores mencionados que suponen un beneficio a la comunidad empresarial, además de los elementos que fundamentan que no existe una violación de derechos, pues la norma de la Ley de Compañías responde a un deber constitucional del Estado, de reconocer la actividad económica sin que esto suponga un daño a terceros.

98 Ver Sentencia Corte Constitucional del Ecuador No. 26-18-IN/20 y acumulados, de 28 de octubre de 2020.

USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Implementación de un marco de *enforcement* societario adecuado en Ecuador

Implementation of An Adequate Corporate Enforcement Framework in Ecuador

Mateo Vicente Landívar Chávez*

Recibido / Received: 29/03/2022
Aceptado / Accepted: 18/05/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2586

Citación:
Landívar Chávez, M.V. «Implementación de un marco de enforcement societario adecuado en Ecuador». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1*, julio de 2022, pp. 127-157, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2586

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mateolandivar06@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-7015-668X

Resumen

Este ensayo se enmarca en la situación actual ecuatoriana con respecto de la aplicación de la normativa societaria y en la posible implementación de reformas para establecer un marco de *enforcement* adecuado. Apoyándose en su derecho en libros, ¿se podría desarrollar un planteamiento que asegure la correcta aplicación de tales normas? El ensayo sostiene que sí, entre algunas medidas, principalmente mediante la creación de un centro arbitral especializado en materia societaria, para mejorar el escenario, dado que hoy por hoy, el *enforcement* societario en Ecuador es inexistente. Para validar su aplicación práctica, se acogieron como casos de estudio las experiencias en Delaware, Israel y Colombia. La exposición es presentada a través de un método deductivo, mixto (cualitativo y cuantitativo) y del estudio comparado y comparativo de otras jurisdicciones. Tras un profundo análisis, se ultima que el planteamiento es plausible y compaginaría con las reformas referentes al derecho societario.

Palabras clave

Aplicación de la Ley; Derecho Societario; Sistema judicial; Arbitraje; Tribunales Especializados

Abstract

This essay analyzes the current Ecuadorian situation regarding corporate law enforcement and the possible implementation of reforms to establish an adequate enforcement framework. Relying on its law on the books, could the country develop an approach that ensures the correct application of such rules? This essay argues that, among other measures, mainly through the creation of an arbitration center specialized in corporate matters, the current situation has room for improvement. To validate its practical application, this essay uses the experience in Delaware, Israel, and Colombia as case studies. The conclusion is presented through a deductive method, qualitative perspective, and the comparative study of other jurisdictions. After a thorough analysis, it is concluded that the proposal is plausible and would conveniently resonate with the latest reforms regarding corporate law.

Keywords

Law Enforcement; Corporate Law; Judiciary System; Arbitration; Specialized Courts

1. Introducción

La noción general de *enforcement* tiende a aparecer de manera difusa en el contexto latinoamericano, e incluso el europeo[1]. Este término, desde una perspectiva legal, alude a los procedimientos iniciados ante una Corte u otros tribunales[2]. El desarrollo histórico del derecho societario ecuatoriano demuestra la inexistencia de herramientas[3] que permitan un adecuado *enforcement* de la normativa societaria. Este hecho se vincula con las falencias del sistema de administración de justicia presentado en Ecuador. Al día de hoy, no se ha planteado formalmente la creación de un espacio con jueces expertos en materia societaria.

Hoy por hoy, en Ecuador dirimir los conflictos en esta materia es competencia de los jueces de lo civil. Estos jueces están llamados a conocer y resolver conflictos societarios, a pesar de no tener conocimiento especializado sobre dichos asuntos. Existen varios esfuerzos para que se elimine este problema y se posibilite a las compañías contar con seguridad jurídica para evitar la constante disputa que el escenario de hoy en día presenta. Gracias al avance en su derecho en libros, si consigue que se plasmen en la práctica de manera efectiva, Ecuador podría situarse por encima de países que se actualizan constantemente y procuran establecer marcos adecuados de *enforcement* de manera continua[4].

Existen países que han demostrado tener modelos estables y exitosos de *enforcement* societario, comprobando ser jurisdicciones en las que la ley es clara y bien ejecutada. Ecuador se encuentra por detrás de estos modelos dado que no permite una armonía entre lo que el derecho establece y lo que en el terreno de juego se practica. Por otro lado, el país ha demostrado no quedarse atrás en el trabajo y estudio por la evolución normativa, por cuanto ha modernizado su legislación desde varias aristas. Sin embargo, debe encontrarse una vía apropiada para permitir que se pueda ejercer lo definido legalmente de forma eficaz.

Contar con un adecuado derecho en libros y eficiente sistema de *enforcement,* es fundamental para el desarrollo económico[5].Sobre el tema cabe decir que existen muchos beneficios, evidenciados en los países con sistemas judiciales efectivos. Entre ellos, se ha mencionado que además de proteger a los inver-

1 Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012), 84-88.

2 John Armour, "Enforcement Strategies in UK Corporate Governance: A Roadmap and Empirical Assessment", *ECGI - Law Working Paper No. 106/2008* (2008), 3.

3 Paúl Noboa Velasco, "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano"*, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF). Working Paper Series 5/2020* (2020), 37.

4 Aurelio Gurrea Martínez, Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortiz Mena, "Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador", *Oxford Business Law Blog*, 27 de enero de 2021, https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador

5 Aurelio Gurrea Martínez et al., "Propuesta para la Mejora y Modernización de la Legislación Societaria en Ecuador" *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas Working Paper Series 2/2019* (2019), 65. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3383861

sionistas locales, esta iniciativa también "(…) podría favorecer la atracción de consumo e inversión en el país, además de promover la creación y financiación de empresas"[6]. Esto promovería una mayor seguridad jurídica al momento de resolver controversias societarias.

Con el *enforcement* se pretende activar mecanismos óptimos que aseguren una expedita aplicación de protecciones sustantivas en provecho de todo grupo de interés vinculado a una sociedad mercantil[7]. Es fundamental encontrar la aplicación del reconocimiento de principios adecuados suficientes para encausar debidamente las relaciones societarias y proteger –cuando correspondiere– a los grupos de interés que no controlan una compañía[8]. Ecuador aún se encuentra ante varios desafíos de índole urgente, pero, en definitiva, prima la necesidad de contar con autoridades especializadas para la resolución de controversias societarias.

Este trabajo se plantea demostrar si existe o no una debida aplicación de las normas, y con ello saber si tal *enforcement* es aprovechado en su totalidad. Los resultados serán discutidos de acuerdo con la realidad ecuatoriana y lo que su legislación determina. La metodología que se utilizará para dicho análisis es deductiva, poseerá un enfoque cualitativo y cuantitativo, así como ciertamente axiológico, el cual permitirá realizar un exhaustivo estudio comparativo y contrastado con diversas jurisdicciones.

2. Revisión de la literatura

Para que el Derecho Societario pueda reducir el riesgo de oportunismo de los denominados *corporate insiders*[9] y proteger a los inversores de manera efectiva, debería existir un adecuado marco de aplicación de las normas societarias[10]. Caso contrario, cualquier reforma propuesta al marco societario en los libros (o, en general, de cualquier ámbito del Derecho), por más avanzado que este fuere, resultaría inaplicable en la práctica[11]. Es por esta razón que este trabajo se plantea una posible solución a la inadecuada y/o falta de aplicación de la normativa en esta rama del Derecho, misma que goza de reformas y varios avances, pero no consigue satisfacer las necesidades de las sociedades fuera de lo escrito en el papel.

Un importante sector doctrinario sostiene que es imperativo considerar la creación de un medio que se base en un sistema alternativo de resolución

6 *Ibíd.*
7 Paúl Noboa Velasco, "El Enforcement Societario en Ecuador", Columna Societaria Lawyers Ec Magazine, 05 de octubre de 2021, https://twitter.com/lawyers_ec/status/1445547460454072324
8 *Ibíd.*
9 Traducción no oficial: Grupos controladores.
10 Gurrea *et al.,* "Propuesta", 62.
11 Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", *American Law Review 44, No. 1.* (1910): 12-36.

de conflictos en materia de sociedades[12]. Es digno de mención, que el marco procesal ordinario en Ecuador podría encontrar incompatibilidad con la necesidad de asegurar una adecuada aplicación de las normas societarias[13]. Este mencionado planteamiento, es accesorio a una serie de medidas que se recomienda también implementar para conseguir un *enforcement* adecuado[14].

El *enforcement*, entendido como la buena aplicación del Derecho, entre sus varias acepciones, así como las reglas por sí mismas, son complementarias[15]. Para cumplir sus objetivos, es esencial actualizar el régimen societario adjetivo para obtener un buen *enforcement*[16]. Tener una figura exacta o similar, al menos en los tribunales económicos especializados, presente en varios países, representa una sustancial evolución en el campo referido. Entre otras acciones, la base para que este sistema funcione, en virtud de los distintos ordenamientos jurídicos en los que aparece, es que el poder judicial debe cooperar con la legislatura[17].Partiendo de la diferencia entre el Derecho en los libros y el Derecho en la acción[18], el Derecho Societario en Ecuador aún afronta el gran desafío de implementar un marco procesal avanzado que permita resolver las controversias societarias de manera oportuna y técnica[19]. Ante la ausencia de un marco de *enforcement* eficiente, cualquier esfuerzo legislativo para modernizar las disposiciones de la Ley de Compañías podría resultar insuficiente[20]. En este estudio, se puede apreciar un justo enfoque a la imperante necesidad de mejorar el sistema de justicia actual o apostar por el uso de un mecanismo alternativo.

3. Marco teórico

Como se ha demostrado hasta el momento, se han generado varios criterios muy similares al tratar las posibles vías para aplicar el Derecho en libros[21]. Para darle forma a la obtención de esta conjugación de teoría y práctica, existen, en principio, dos alternativas que lo permitirían. En primer lugar, la justicia ordinaria, sistema que se aplica en la actualidad en Ecuador; y el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, mecanismo bien aplicado en muchos países de los que se hará mención.

---

12 Gurrea, *et al.,* "Propuesta", 63.
13 *Ibíd.*
14 Marco Ventoruzzo, Pierre-Henri Conac, Gen Goto, Sebastian Mock, Mari Notari, Arad Reisbegr, *Comparative Corporate Law*. (St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2015), 107.
15 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes and Andrei Shleifer, "Law and Finance After a Decade of Research", *Handbook of the Economics of Finance*, *Harvard University & University of Chicago. Legal Rules Versus Law Enforcement* (2021), 445-446.
16 Gurrea, *et al.,* "Propuesta", 63.
17 Ventoruzzo, *et al. Comparative Corporate Law*, 107.
18 Pound, "Law in Books", 12.
19 Noboa, "El Enforcement Societario en Ecuador", 2.
20 Gurrea, *et al.,* "Modernizing Corporate Law in Latin America"
21 Gurrea *et al.,* "Propuesta", 62.

Para el enfoque que este análisis requiere, precisamente en temas de aplicación de normas de derecho corporativo, hay un país que lo ha ejecutado impecablemente. Se trata de Estados Unidos, ya que cuenta con uno de los modelos mejor desarrollados de *enforcement* dado a su eficiente sistema de resolución de controversias societarias[22]. Delaware es un Estado que se ha posicionado con una fuerte ventaja por sobre los demás en ese país, en esta materia. Este Estado goza de una distinguida Corte conformada por jueces especializados en asuntos societarios y una Corte Suprema con la misma calidad de versados en los mismos temas[23].

Por otro lado, se ha comentado a breves rasgos sobre la justicia ordinaria y su situación existente en Ecuador. En la actualidad del país, varias ramas del Derecho cuentan con jueces especialistas, lo son puesto que les corresponde dirimir controversias en cada una de dichas áreas. No es el mismo escenario para el Derecho Societario, dado que es notoria la ausencia de especialización en los jueces y por ello muchos casos se dilatan o simplemente no se solucionan de la mejor manera, como bien podrían.

En lo relativo a los mecanismos alternativos de resolución de controversias, algunos autores presentan un planteamiento bajo la figura de tribunal arbitral especializado en materia societaria. Se trata de una opción con justificada preferencia[24]. Gurrea, *et. al.* señalan que los avances de las normas societarias dependerán significativamente de si se aplican correctamente[25], para evitar la propensión al oportunismo[26] y la disminución de costes[27].

Para mayor practicidad, es indispensable tener expertos con excepcionales estándares técnicos y cualidades éticas para dirimir controversias societarias[28]. Este aspecto contribuirá a su vez al crecimiento económico del Estado que asegure una aplicación práctica de sus normas jurídicas[29]. Para aquellos efectos, la propuesta a la que se ha hecho alusión para promover la correcta aplicación del buen Derecho en libros, exige dos básicos factores.

El primero es, sin duda alguna, un preclaro requisito que, a su vez, es intrínseco en esta propuesta: se debe contar con verdaderos entendidos en finanzas corporativas, economía, contabilidad y –ante todo– derecho societario[30].

22 Ventoruzzo, *et al,* "Comparative Corporate Law", 38.
23 *Ibíd.*
24 Gurrea, *et al.,* "Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador."
25 *Ibíd.*
26 Reyes, "Análisis Económico del Derecho Societario", 84-88.
27 Gurrea *et al.,* "Propuesta", 62-67.
28 *Ibíd.*
29 John C. Coffee jr., "The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and its Implication", 93 Nw U.L. Rev. 641, 1999, 26. Citado por: Francisco Reyes Villamizar, "Análisis Económico del Derecho Societario", 87.
30 Gurrea *et. al.,* "Propuesta", 62.

Planteamientos existentes[31], basados en la experiencia de otras jurisdicciones[32], proponen que sea mediante arbitraje como se diriman estas controversias.

Estos intermediarios, sean o no árbitros, necesitarían demostrar ante una determinada autoridad o institución, su conocimiento sobre normativa local, extranjera y también estar al día en opiniones doctrinarias y jurisprudenciales en asuntos societarios[33]. Sin este preámbulo, la práctica se complicaría y nos llevaría al problema inicial, que los conflictos societarios sean resueltos por intermediarios sin erudición ni dominio de las temáticas requeridas. Este tema será desarrollado con mayor detalle más adelante.

El segundo requisito indica lo primordial de ofrecer facilidades para el acceso a este espacio. Para su funcionamiento, se ha mencionado que "[…] el auspicio económico podría provenir de las tasas recaudadas de compañías extranjeras y otra parte de un subsidio estatal complementario"[34]. Esta iniciativa sería favorable en varios aspectos, ciertamente en lo referente a costes y –al tratarse de una tutela sofisticada para inversionistas– incentivaría a muchas compañías a domiciliarse en Ecuador. Si bien existen otras alternativas, dado que el arbitraje es costoso, una mejor opción podría ser recurrir al organismo de control de las compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, SCVS.

Dicho esto, pese a que la intención de la mencionada propuesta es meritoria, podría pasar que en Ecuador no llegue a efectuarse dado que este escenario presenta varios obstáculos y limitaciones que se puntualizarán más adelante. Por esta razón, la sugerencia expuesta por el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, podría funcionar siempre que se adapte a nuestra realidad para solucionar los inconvenientes procesales vigentes y, a su vez, marcar un referente para la región. Por consiguiente, resultaría conveniente sustituir el marco procesal societario ecuatoriano, para asegurar su apropiado funcionamiento.

Con fundamento en la experiencia de otras jurisdicciones, expertos en materia societaria sugieren la creación de un centro especializado para la resolución de controversias en esta materia[35]. Este permitiría a las partes beneficiarse de una solución técnica a sus controversias, derivándose, de esta manera, mayores beneficios en el funcionamiento del mismo. A partir de esto, nacen varias preguntas como por ejemplo ¿por qué no bastan los centros de arbitrajes actuales? La respuesta radica, en la capacidad de la SCVS de colaboración

31 *Ibíd.*
32 *Ibíd.*
33 Aurelio Gurrea Martínez, "La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica: Una reflexión sobre la función social de los investigadores de Derecho a partir de la experiencia de la SAS en Colombia", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 2/2018"*, 25 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3097775.
34 Gurrea; *et al.,* "Propuesta", 62-67.
35 Gurrea; *et al.,* "Propuesta", 62-67.

en temas administrativos y de financiamiento únicamente. En adición a este componente, vale la pena exhortar la necesidad de la creación de un espacio donde especialistas puedan tomar a cargo controversias que las compañías en el país presenten.

En atención a lo citado sobre el trabajo que propone la mejora y modernización de la legislación societaria, sería de gran aporte el mantener la misma figura del Centro de Arbitraje[36], y de esa forma otorgar a las partes vasta apertura de elección y facilidades en muchos aspectos. Como se ha mencionado, la SCVS, podría ser quien administre el Centro y se encargue del financiamiento del mismo, de acuerdo con requerimientos específicos que la entidad misma establezca. Es evidente que esta atribución de gestión del Centro no debería implicar que la SCVS dirima las controversias, ya que mantendría en todo momento un perfil ecuánime. Estos temas gozarán de mayor y más prolijo desarrollo en los siguientes capítulos.

4. Marco normativo

En inglés, *Law in action* es la aplicación del Derecho, mismo que se ejecuta correctamente cuando se pone en práctica el *Law on the books* o Derecho en los libros[37]. En la actualidad, Ecuador ha invertido un abundante esfuerzo en modernizar el segundo, su marco societario sustantivo. Tal avance normativo ha sido reconocido por varios países a escala regional y global[38]. La entrada en vigencia de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, así como varias otras reformas en el ámbito societario, específicamente, han significado un paradigmático y notable avance. Se ha traducido en una gran mejoría en varios principios y distintos procedimientos societarios.

El alcance de este avance es tal, esencialmente por la creación de las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante SAS), la protección de los socios o accionistas minoritarios mediante el establecimiento de las acciones derivadas, la implementación del régimen de la mayoría de la minoría para la aprobación de ciertas operaciones entre partes vinculadas y el empoderamiento de los accionistas minoritarios en la designación de directores independientes[39], en resumen. Por otro lado, se ha incluido también el reconocimiento de la *business judgment rule* (en adelante *BJR)* como patrón para medir la diligencia o eventual negligencia de los administradores y, finalmente, la promulgación del Código de Gobierno Corporativo[40].

36 *Ibíd.*
37 Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 12-36.
38 José Daniel Carreño Monsalve. "Ley de Modernización a la Ley de Compañías, cómo Ecuador pasó a estar a la Vanguardia del Derecho Societario en América Latina y lo que Significa para la Región", Revista Jurídica Uniandes, Vol 6 (1), (2021), 136-164.
39 Gurrea, *et al.*, "Modernizing Corporate Law in Latin America".
40 *Ibíd.*

No obstante a las varias Constituciones Políticas, los distintos Códigos Procesales, Leyes Orgánicas y demás normativa conexa, en el país no existe una instancia de resolución de conflictos por medio de expertos societarios. La realidad actual presenta la anacrónica figura de los jueces de lo civil y mercantil. En este capítulo, se enunciará la normativa existente, las normas en distintos códigos y cuerpos legales, principalmente en grado nacional, así como también a nivel más extenso por vía de instrumentos internacionales.

4.1. La normativa que rige en Ecuador

La norma suprema en el país es la actual Constitución (en adelante CRE) misma que tiene vigencia desde 2008. El artículo 76 literal k se refiere al derecho a la defensa, que afirma que las personas deben ser juzgadas por un juez independiente, imparcial y competente[41]. Dentro de la misma norma, los principios que rigen al ordenamiento son ennumerados de manera taxativa. Uno de ellos presta alta relevancia a los temas en cuestión, dado que expone que ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria[42]. En otras palabras, la ley máxima reconoce el principio de unidad jurisdiccional.

La generalidad, en cada país, es que la facultad de administrar justicia está en cabeza de la rama judicial[43]. En ordenamientos como el colombiano, la Constitución permite excepcionalmente que –en ciertas materias– determinadas autoridades administrativas tengan atribuidas facultades jurisdiccionales[44]. Es por ello que el órgano de control y vigilancia equivalente en el país vecino, la Superintendencia de Sociedades, Supersociedades sí tiene habilitada esa potestad y la aplica a través de su Delegatura para Procedimientos Mercantiles y por intermedio de su Centro de Arbitraje especializado (figura que se plantea tomar como modelo para incorporarse en Ecuador).

Con este concepto claro, es evidente que sin una reforma constitucional, no es posible permitir a nuestro órgano de control en materia societaria, que actúe como juzgador. Siendo por ello necesario incorporar la idea del Centro de arbitraje que, siendo administrado por la SCVS, contaría con instancias de decisión independientes. En su artículo 190, la CRE reconoce al arbitraje como procedimiento alternativo de resolución de conflictos[45]. Cabe instar que un elemento característico de este mecanismo es que no existe posibilidad de apelación a los laudos arbitrales[46].

41 Artículo 168.3. Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008.

42 Artículo 76.7.k. Constitución de la República del Ecuador, 2008

43 Liliana Otero Álvarez, "Las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de sociedades en la ley 1258 de 2008. ¿Un ejemplo a seguir?", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (2010) Colombia.

44 Artículo 116, Constitución Política de la República de Colombia, 04 de julio de 1991.

45 Artículo 190. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

46 Artículo 30. Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

La regla de inapelabilidad de los laudos se manifiesta como una ventaja en términos generales, frente al sistema de justicia ordinaria, el cual lleva intrínseca la posibilidad de apelar las decisiones judiciales. Para el planteamiento en cuestión, recurrir a una figura de doble instancia, representaría una sustancial demora y mayores complicaciones[47] para la organización y funcionamiento del Centro. Las controversias se resolverían por personas altamente especializadas y de manera definitiva, sin que cupiere una reversión ulterior de tal decisión por instancias poco especializadas en temas societarios[48]. De este modo, se evitaría una vía usualmente congestionada con pretensiones civiles y comerciales de toda índole[49].

Es en la Ley de Compañías (en adelante LC) donde se expone en una serie de articulados, las atribuciones de los jueces de lo civil y mercantil en lo referente a los asuntos societarios. Se encuentra en los artículos 17 y 17A, en los que se menciona que la justicia ordinaria deberá conocer los casos sobre inoponiblidad de la persona jurídica en fraudes, abusos o vías de hecho cometidas a nombre de compañías[50]. El segundo artículo mencionado se refiere al mismo tema, señalando que esta acción se tramitará en procedimiento ordinario[51].

Más adelante, la misma LC habla de la posibilidad de impugnación de los acuerdos de las juntas generales por parte de los accionistas de una sociedad anónima que representen, al menos, la cuarta parte de su capital social[52], ante juez de lo civil de su domicilio principal[53]. En la relativamente reciente Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, existen artículos innumerados que hacen alusión a la competencia de los jueces de lo civil y mercantil. Son estos mismos jueces, del domicilio principal de SAS los que en caso de abuso del derecho de voto, pueden declarar nulidad de la determinación[54]. Estos artículos dan a conocer que la vía para resolver conflictos, en cada caso mencionado, es ante juez de lo civil y mercantil, al no existir "jueces de lo societario".

47 Paúl Noboa. "Problemas de Agencia", 37.
48 Paúl Noboa. "Problemas de Agencia", 37.
49 *Ibíd.*
50 Artículo 17. Ley de Compañías [LC], R.O.326 de 05 de noviembre de 1999.
51 Artículo 17A, LC.
52 Artículo 215, LC.
53 Artículo 216, LC.
54 Artículo innumerado titulado "Abuso del Derecho de voto", LC.

4.2. Instrumentos internacionales

4.2.1. Ley modelo sobre reglas de procedimiento para la resolución de controversias en las Sociedades por Acciones Simplificadas

La finalidad de esta Ley Modelo sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias en las SAS, es establecida en la sección 1 del primer Capítulo, que habla de "[…] suministrar las reglas procesales aplicables a la resolución de controversias[55]". En su sección de jurisdicción, menciona que "[…] la autoridad administrativa o colegiado especializado a cargo del procedimiento gozará de facultades judiciarias con relación a cualquier procedimiento[56]", y "[…] tendrá jurisdicción exclusiva sobre dicho procedimiento[57]". Este instrumento sirve como referente para la implementación a la que se hace alusión dado que expone reglas de procedimiento para esta problemática, precisamente.

Como se ha mencionado, existe una clara necesidad de crear reformas para mejorar el *enforcement* no solo en Ecuador sino en toda Latinoamerica. Tras leer la Ley Modelo, es posible sintetizar que la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) busca establecer reglas procesales adecuadas y la necesidad de cambiar el marco procesal más claro, procedimientos expeditos y autoridades especializadas que diriman las controversias societarias. Esta Ley Modelo, en definitiva, busca sortear los inconvenientes derivados del enfoque tradicional del *enforcement* societario en la región, sustituyéndolo por una instancia especializada.

5. El *enforcement* del Derecho Societario

5.1. Fines del Derecho Societario

El Derecho Societario tiene dos fines esenciales: regular los procesos de constitución societaria y mitigar los conflictos de interés que existen entre todas las partes que se relacionan por medio de una compañía[58]. Con relación al primer objetivo, se busca establecer un armazón legal que permita a los empresarios adoptar una estructura que les posibilite operar a través de regulaciones

55 Sección 1. Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES.188(LXXX-O/12), OEA, de 9 de marzo de 2012.
56 *Ibíd.*
57 *Ibíd.*
58 John Armour, Henry Hansmaan y Reinier Kraakman, "Essential Elements of Corporate Law", *ECGI Working Paper No. 134/2009*, 4. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436551

amigables[59] que los costos de transacción se reduzcan y que exista seguridad jurídica para los inversionistas.

En el caso ecuatoriano, el primer objetivo se ha visto reforzado mediante la implementación de las SAS. Estas tienen como sólida ventaja la formalización de emprendimientos, así se reducen costos de transacción y se suprimen formalismos que son más bien obstáculos y que en otros tipos de compañías hubieren tenido que afrontar[60]. Otro avance, por ejemplo, es el precedente de la Corte Constitucional que pretendió limitar los casos en los que se puede levantar el velo societario en contra de socios o accionistas[61].

El segundo gran objetivo del Derecho societario, mencionado de antemano, es la mitigación de los problemas de agencia[62]. A partir de un punto de vista económico del Derecho, los problemas de agencia son conflictos de intereses que se derivan de la convergencia de varios intereses en una compañía[63]. Un primer problema de agencia son los *managerial agency problems*, conflictos entre socios y accionistas con los administradores. También lo son los *shareholding agency problems*, conflictos entre socios o accionistas de mayoría, y los asociados minoritarios. Finalmente, los *stakeholding agency problems*, conflictos entre la compañía y terceros, son el tercer problema de agencia.

En Ecuador, el primer problema de agencia no tendría tanta incidencia, comparándolo con países con estructuras de capital disperso, ya que los socios o accionistas de mayoría, muchas veces, son también administradores de las compañías.[64]. El Derecho Societario no debería enfocar con prioridad el tercer problema de agencia tampoco[65], sin desvirtuar su gradual relevancia. En donde sí se debería centrar la atención es en la protección de socios y accionistas; y, de manera subsidiaria, únicamente, tutelar a los demás *stakeholders*[66].

El término "problemas de agencia" toma forma cuando la propiedad o el bienestar de una parte, el principal, depende de las actuaciones de terceros, los agentes[67]. Estos inconvenientes surgen en una amplia gama de situaciones que van más allá de aquello a lo que se podría clasificar como relaciones de

59 Reinier Kraakman et al, "What is Corporate Law?" en: *John Armour et al, The Anatomy of Corporate Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 19.

60 Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortíz Mena. "Elementos Característicos de las Sociedades por Acciones Simplificadas en Ecuador." *SSRN*, (Abril 2020): 8. https://ssrn.com/abstract=3582137

61 Sentencia No. 22-13-IN/20. Corte Constitucional del Ecuador. Quito, 09 de junio de 2020.

62 John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, *Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement*. En: John Armour *et al*, The Anatomy of Corporate Law, 3rd ed, 2017, OUP, 57-58. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555

63 Paúl Noboa, "Problemas de Agencia", 5-14.

64 Gurrea; *et al.*, "Propuesta", 10.

65 *Ibíd.*

66 Paúl Noboa Velasco. "The Ecuadorian corporate objective: Shareholder primacy in times of COVID-19." IIDF, (Abril 2020) https://www.derechoyfinanzas.org/en/the-ecuadorian-corporate-objective-shareholder-primacy-in-times-of-covid-19/

67 Paúl Noboa, "Problemas de Agencia", 37.

agencia[68]. Cuando las instituciones privadas de aplicación de la ley funcionan razonablemente, es posible proteger a los accionistas minoritarios quizás de manera más efectiva que otras figuras societarias, como por ejemplo el derecho de suscripción preferente[69].

Debido a su patrón de concentración de capital, se entiende que el conflicto que debe ser atendido en Ecuador e Iberoamérica es entre los socios o accionistas que tienen un interés controlante y quienes no lo tienen[70]. Esto apaciguaría potenciales abusos por posiciones privilegiadas en estas relaciones, lo cual se conoce como *tunneling*[71], actividad que posee variaciones diversas[72]. El derecho societario tiene, entre otros fines, la función esencial de aplacar la colisión de intereses con respecto a los diferentes grupos de interes dentro de una compañía. que pueden verse contrapuestos entre sí[73].

A fin de cumplir con este objetivo, según Noboa, "(…) el derecho de sociedades debe establecer mecanismos que encausen a los agentes a actuar en procura de los intereses de sus socios no controladores[74]". El enunciado sugiere que esta rama del Derecho tome cargo de los inconvenientes que puedan generarse en las relaciones entre y hacia los integrantes de una compañía para así brindar seguridad jurídica y un ejercicio correcto.

5.2. *Enforcement* en el Derecho societario

Uno de los objetivos del *enforcement* societario tiene que ver con los riesgos, el promover su gestión eficaz y limitar la asunción socialmente excesiva de los mismos[75]. En otros contextos, el objetivo es generar una disuasión creíble, castigar las irregularidades o garantizar que las partes lesionadas reciban una compensación adecuada[76]. El éxito de esta herramienta legal[77] se basa en la existencia de reguladores altamente expertos y bien informados, dotaciones que a menudo se adquieren por medio de sus interacciones con los participantes del mercado regulado en el contexto de las relaciones de supervisión diarias[78].

68 *Ibíd.*
69 Edward Rock, Paul Davies, Hideki Kanda, Reiner Kraakman and Wolf-Georg Ringe, Fundamental Changes, en: *John Armour et al, The Anatomy of Corporate Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 2017, 259-260.
70 Paúl Noboa Velasco, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador", *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, 03 de agosto de 2021, https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/
71 Vladimir A. Atanasov, Bernard S. Black, and Conrad S. Ciccotello. "Unbundling and Measuring Tunneling", *University of Illinois Law Review (2014),* 5. https://www.scholars.northwestern.edu/en/publications/unbundling-and-measuring-tunneling
72 *Ibíd.*
73 *Ibíd.*
74 Paúl Noboa, "La implementación de las acciones derivadas"
75 John Armour, Dan Awrey, Paul Davies, Luca Enriques, Jeffrey N. Gordon, Colin Mayer, and Jennifer Payne, *Principles of Financial Regulation,* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 578-579.
76 *Ibíd.*
77 *Ibíd.*
78 Armour, *et. al.*, "Principles", 578-579.

Un *enforcement* adecuado de las reglas para proteger a los inversionistas, es fundamental. Para hablar de ello es importante refrescar el concepto y resaltar que lo necesario es conseguir que las normas legales –esta figura de aplicación de la normativa– se apliquen bien. Es imprescindible que se encuentren extrapoladas con reglas procedimentales y reformas institucionales encargadas de administrar tales reglas[79]. Por mencionar el caso ecuatoriano, como se dijo anteriormente, producto de una serie de reformas a la LC en el año 2020, el país ha logrado situarse a la vanguardia de la regulación societaria con relación al denominado Derecho en los libros[80].

En Ecuador, por la incompatibilidad entre *Law in action* y *Law on the books*, el *enforcement* societario no llega a consolidarse. La normativa debe consagrar estándares que permitan ejecutar eficazmente muchos temas societarios[81]. A su vez, es imprescindible que el sistema procesal en general sea eficiente[82], algo que en Ecuador es virtualmente inexistente. En consecuencia, la aplicación de la normativa, a pesar de sus reformas, está alejada de un nivel deseable. Puede que la experiencia a lo largo de la historia confirme que la administración de justicia no está en condiciones de lidiar adecuadamente con el litigio societario complejo por la falta de jueces societarios especializados, y ello resume la precaria atmósfera que se vive en Ecuador.

Dado el escenario institucional, normativo y práctico del país, ¿sería empezar de cero y cambiar de raíz lo que se ha hecho hasta ahora, una solución? El cuestionamiento surge puesto que existen importantes dificultades en el ejercicio del Derecho que requieren atención de carácter urgente. Uno de los fundamentos de este razonamiento es que si en una jurisdicción no existe protección suficiente, así uno sea socio o accionista, acreedor u otro inversionista, no existe incentivo para participar en negocios con compañías incorporadas en tal jurisdicción, o al menos requerirán alguna compensación por el aumento de riesgo[83].

Para este tema es prudente ahondar en qué es y qué hace la SCVS. Se trata de un organismo técnico, que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, y está orientado a vigilar, auditar, intervenir y controlar el funcionamiento y organización de las compañías[84]. También administrá las actividades de las mismas, así como la disolución y liquidación de estas y de otras entidades en las condiciones que la ley determina[85]. La vigilancia y control de la SCVS comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros

79 Gurrea; *et. al.,* "Propuesta", 62-67.
80 *Ibíd.*
81 Esteban Ortiz Mena (ex Intendente de Compañías de Quito), en entrevista por autor, 26 de octubre de 2021. Transcripción: https://docs.google.com/document/d/18DTvehc-es6Q8cKfQRqtHcDOIAzwqi1F7_5g0JfIQJQ/edit?usp=sharing
82 Gurrea; *et. al.,* "Propuesta", 62-67.
83 Ventoruzzo, *et al.,* "Comparative Corporate Law", 104.
84 Artículo 430. LC
85 *Ibíd.*

y contables de una compañía[86]. Para todos estos efectos, la SCVS podrá ordenar inspecciones y verificaciones oportunas[87].

Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano[88]. Sus facultades específicas y áreas en las que puedan ejercer control, auditoría y vigilancia, se determinarán de acuerdo con la ley[89], sujetándose al ordenamiento jurídico y atendiendo al interés general. Su rol, en general, es supervisar y regular permanentemente las actividades de las entidades controladas[90]. Además de la SCVS, existen las superintendencias: de Bancos, de Economía Popular y Solidaria, de Control del Poder de Mercado, de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, y la reciente de Protección de Datos Personales. Existen únicamente estas, tras la desaparición de la superintendencia de Telecomunicaciones, así como la de Información y Comunicación, próximamente.

Retomando el enfoque sobre la SCVS, muchos acuden a la misma pretendiendo solucionar conflictos en materia societaria, y lo que no saben es que esta institución no tiene potestad de juzgador[91], como se defendió anteriormente, bajo el criterio del principio de unidad jurisdiccional. A pesar de lo mencionado, cabe señalar que esta entidad cuenta con autonomía administrativa y económica, misma que le permite regular y prestar servicios[92]. Por la vía de justicia ordinaria, muchas veces no se resuelve el conflicto por el tiempo que toma[93] y lo que finalmente sucede es que la compañía se disuelve o toma otra medida drástica[94].

5.3. Obstáculos para implementar un sistema eficaz de *enforcement*

El inversionista promedio puede no percatarse de elementos o ser engañado en sus negocios y decisiones, la cotidianidad lo demuestra en muchos ejemplos. Para Gillad, se trata de *the investor's rationale indifference*: no saber lo suficiente sobre una compañía en la que está invirtiendo y no tomar los medios para inspeccionar cada movimiento y decisión, podría ser una elección económica imprudente[95].

86 Artículo 432. LC
87 *Ibíd.*
88 Artículo 213. CR
89 *Ibíd.*
90 Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. "Historia y Funciones." SCVS, s/n. (Septiembre, 2015): 47-67. https://portal.supercias.gob.ec/wps/portal/Inicio/Inicio/Seguros/HistoriaFunciones#gsc.tab=0
91 Paúl Noboa, "Problemas de Agencia". 37.
92 *Id*
93 Ortiz, entrevista.
94 *Ibíd.*
95 Rotem Gillad. "Corporate Law Enforcement: The Israeli experience & the Israeli Economic Court", Foro Empresarial - *El enforcement del derecho societario en Ecuador*, USFQ Colegio de Jurisprudencia, 15 de abril de 2021, video, https://www.facebook.com/USFQJurisprudencia/videos/495322855234728

Los inversionistas suelen poseer una amplia tasa de compañías en su portafolio de inversiones, pero muchas veces no tienen el tiempo ni los recursos para informarse del todo en cada una de ellas[96], en referencia al nivel de inversión y el retorno esperado en cada una. Incluso si un inversionista interesado llegase a examinar las compañías con cautela, existirán siempre lagunas de información entre esta y el inversionista. Este elemento dificulta fuertemente el poder encontrarse con un buen *enforcement* societario[97].

A pesar de que la supresión de las barreras de entrada y la reducción de costes son elementos determinantes, lo que el inversionista busca es tener opciones para resolver los problemas de agencia que se presentaren y cualquier otro que requiera atención[98]. Aterrizando todo esto en el escenario ecuatoriano, muchos procesos son llenos de formalidades y demás obstáculos, lo que los vuelve largos y complejos. Esto deriva en dificultades como congestión judicial, tardanza en las citaciones, entre otras. En materia societaria, esta problemática toma mayor fuerza puesto que no existe especialización ni experticia en la autoridad judicial[99], lo cual produce deficiencia en la respuesta requerida como resultado del desconocimiento y poca calificación por quien resuelve los conflictos.

Ha sido la precaria situación en muchos campos del Derecho Societario, como los derechos de los accionistas minoritarios, lo que ha incentivado a las reformas para adaptar códigos y leyes de sociedades en los regímenes jurídicos de América Latina[100]. El derecho en libros en Ecuador debería funcionar sin impedimentos, en virtud de los grandes avances a partir de las mencionadas reformas societarias. En estas, es notorio que las autoridades societarias han dedicado esfuerzo en eliminar requisitos innecesarios y han considerado problemas bastante serios, como lo es la protección de los accionistas minoritarios. Que el *enforcement* sea adecuado es esencial, sin importar si es buena o no su *law on the books*[101].

Para Villalba, el área societaria en el país se encuentra huérfana, aunque con excepciones, puesto que no existe un *local case law* importante[102]. Si bien expone a la compañía como objeto de los conflictos, es también el motivo por el cual existe desarrollo económico en la sociedad[103]. Insta el trabajo a través de la especialización[104] sea de un juez, tribunal, o cualquier vía de resolución de conflictos expedita y eficaz, para hacer saber al inversionista cuál es su posición

96 Eilis Ferran and Look Chan Ho, *Principles Of Corporate Finance Law* (Oxford: OUP, 2014), 12
97 Rotem Gillad. "Corporate Law Enforcement."
98 *Ibíd.*
99 Vladimir Villalba, Foro Empresarial - *El enforcement del derecho societario en Ecuador*, USFQ Colegio de Jurisprudencia, 15 de abril de 2021, video, https://www.facebook.com/USFQJurisprudencia/videos/495322855234728.
100 Reyes. "Análisis", 84-85.
101 Reyes. "Análisis", 84-85.
102 Vladimir Villalba, "El enforcement del derecho societario."
103 *Ibíd.*
104 *Ibíd.*

en temas específicos. Villalba demanda atención a los diferentes gobiernos a través de las autoridades correspondientes, dada la necesidad de crear órganos de derecho especializados en la solución en materia societaria[105].

De los elementos más importantes para el *enforcement* es el *Master the Law*[106], en el que los jueces están enterados sobre una materia determinada, de manera especializada[107]. A su vez, esta propuesta aplica en los árbitros, quienes de igual manera deberían dominar la temática sobre la que se resuelve. En Ecuador no es posible hablar de *enforcement* societario cuando los funcionarios judiciales no cuentan con las características de un buen juez societario[108], mismas que permiten sustraer a este del inveterado formalismo propio de las jurisdicciones de la tradición civilista[109]. Es vital que tengan entrenamiento práctico específico, formación profesional e independencia para ser protagonistas en la adecuada administración de las reglas modernas del Derecho de sociedades[110].

En muchos casos, a los tribunales se les dificulta entender el más elemental de los negocios[111], lo cual trae consigo una demora importante incluso en procesos sencillos. Los jueces no disponen de un buen dominio en materias afines a economía, finanzas y administración de empresas, como para emitir una decisión empresarial, estimar su deseabilidad económica[112]. Estos tribunales de justicia no cuentan con experiencia, pericia ni conocimiento específico del negocio del que disponen los administradores sociales, lo cual en ocasiones sucede aún en jurisdicciones con magistrados de buena formación en materia económica[113].

Por otra parte, cabe hacer hincapié en que los jueces de corte civilista poseen formación y visión distinta. Un ejemplo de lo mencionado es la noción del estándar de "culpa" o "diligencia", que en lo civil, como buen padre de familia es averso al riesgo, mientras que en el ámbito societario, como buen empresario se debe buscar la asunción de riesgos razonables[114]. Todo esto frustra la correcta marcha de un régimen societario idóneo.

---

105 *Ibíd.*

106 Dominar la ley. (Traducción no oficial)

107 Luca Enriques. Off the Books, But on the Record: Evidence from Italy on the Relevance of Judges to the Quality of Corporate Law. Global Markets, Domestic Institutions, Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals. New York, Columbia University Press. 2003. pp. 258-259.

108 *Ibíd.*

109 Francisco Reyes Villamizar. "Aplicación del análisis económico del Derecho a la formulación de políticas legislativas sobre la materia". *Análisis Económico del Derecho Societario.* Ibáñéz. pp. 125.

110 Luca Enriques. "Off the Books but on the record", 258-259.

111 *Ibíd.*

112 Aurelio Gurrea Martínez. "La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el Derecho español", *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo Working Paper Series* (2015), 12-13. https://ssrn.com/abstract=2445545

113 *Ibíd.*

114 Paúl Noboa Velasco, "El reconocimiento de la Business Judgement Rule en el Derecho Societario en Ecuador", Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 21 de diciembre de 2020, https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/

5.4. Revisión y análisis de las experiencias en el derecho comparado y comparativo

De acuerdo con los aportes doctrinarios mencionados, un óptimo *enforcement* de las reglas serviría para proteger a socios, accionistas minoritarios o acreedores ante una distracción de activos por parte de los socios o accionistas de control[115]. Es importante resaltar que independientemente a que sean estas reglas malas o buenas, su ejecución debe ser apropiada. Adelante se realizará un análisis sobre las legislaciones más influyentes en cuanto a sus reformas y avances, que han permitido que en la aplicación sean modelos para las necesidades del Ecuador.

5.4.1. Delaware

En países como EE.UU. se aplica la *Business Judgement rule*, BJR[116], regla que presume que el administrador tomó una decisión informada y de buena fe[117]. La idea supone que los jueces no se inmiscuyan a analizar decisiones empresariales dado que, al no ser empresarios, carecerían del conocimiento técnico para analizar el mérito de una decisión empresarial[118]. Otra forma en la que se aplica el *enforcement* societario correctamente, es a través de las *class actions*[119], las cuales permiten presentar una demanda a nombre de una clase: grupo de individuos sin identificar, con un interés en común. Tiene ventajas para combatir la apatía racional de los inversionistas[120].

Como se mencionó anteriormente, Delaware, uno de los estados más pequeños de EE.UU., es conocido como un lugar ideal para constituir compañías porque goza de una Corte especializada "de equidad" con jurisdicción específica en disputas corporativas. Para este espacio, no hay jurados sino solo cinco jueces expertos y en caso de requerir apelación, la Corte Suprema de Delaware tiene también cinco jueces especializados en esta rama del derecho[121]. La jurisprudencia que generan ambas cortes es reconocida por su calidad y, definitivamente, un modelo ejemplar a nivel global. Estos jueces son capaces de resolver problemas societarios de alta dificultad rápidamente por su vasta dominancia en materia corporativa, financiera, contable, entre otras[122].

¿Cómo ha tenido tanto éxito en atraer inversiones y cómo mantiene su ventaja

115 Francisco Reyes Villamizar. "Análisis Económico del Derecho Societario", 84-88.
116 Traducción: Regla de la discrecionalidad.
117 Noboa, "El reconocimiento de la Business Judgement Rule".
118 Stephen Bainbridge, "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine" *7 Vanderbilt Law Review 83* (2004) 03-18.
119 Traducción no oficial: Acciones de clase.
120 Rosenfeld, Mordecai, "The impact of Class Actions on Corporate and Securities Law", *Duke Law Journal. Vol. 1972: 1167*. 1168-1170, https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2421&context=dlj
121 Ventoruzzo, *et al.,* "Comparative Corporate Law"; 104-108.
122 *Ibíd.*

competitiva por sobre las distintas jurisdicciones? Como indican Ventoruzzo, *et al.,* "(…) el estado de Delaware es el claro ganador en el mercado de los estatutos corporativos ya que la mayoría de las compañías que cotizan en bolsa y las más grandes están incorporadas allí." [123] Debido a este éxito, los demás estados y países podrían tomar estos estatutos de derecho corporativo y copiarlos, de ser necesario, para volver a sus jurisdicciones más atractivas. Después de todo, no hay derechos de autor frente al contenido de las leyes.

La Ley General de Corporaciones de Delaware está diseñada por expertos en Derecho Corporativo. El legislador anualmente revisa la legislación con el fin de resolver temas puntuales, corregir y modernizar[124]. Es una ley permisiva; no es detallada y prescriptiva, incluye requisitos obligatorios para proteger a los accionistas y provee flexibilidad para que salgan adelante los negocios. La verdadera ventaja de Delaware frente a los demás estados no tiene mucho que ver con las disposiciones estatutarias sino por la eficacia de su poder judicial, por su sofisticación[125].

"Delaware es un emblema y todos se quieren parecer a este Estado"[126], dice Ortíz. Haciendo un recuento de sus ventajas más importantes, menciona también que actualizan su legislación anualmente y sus fallos son presentados por escrito[127]. En adición a estos atributos, las sentencias que profieren sus cortes: *Court of Chancery and Supreme Court*[128] se caracterizan por la rapidez con la que se expiden[129], debido a los jueces expertos que conocen de diversa tipología contractual [130]. Más allá de ser un Estado barato con facilidades para la constitución de una compañía, al inversionista le atrae una legislación protectora[131].

5.4.2. Colombia

La práctica societaria estadounidense ha generado un patrón en muchas partes del mundo, como lo fue para la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Supersociedades en Colombia. Antes de profundizar en el caso colombiano y su centro de conciliación y arbitraje empresarial, cabe primero referirse a la Supersociedades. Una de las innovaciones más fuertes en la evolución de dicha entidad tiene que ver con la asunción de facultades jurisdiccionales para resol-

123 *Ibíd.*
124 *Ibíd.*
125 *Ibíd.*
126 *Ibíd.*
127 Ortiz, entrevista.
128 Traducción no oficial: Tribunal de cancillería y Corte Suprema.
129 Francisco Reyes Villamizar. "Análisis Económico del Derecho Societario", 126.
130 Alan Palmiter R. y Francisco Hernando Reyes Villamizar, "Arbitraje Comercial y otros Mecanismos de Resolución de Conflictos Societarios en Estados Unidos", *Editorial Cámara de Comercio de Bogotá* (2001), 77-90.
131 Ortiz, entrevista.

ver asuntos relacionados con las normas del derecho societario[132]. Asistiendo esta capacidad, se encuentra la Constitución Política, la cual establece que:

> […] Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. […]

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.[133]

Por su parte, la Corte Constitucional se pronuncia en la sentencia C-436 de 2013 sobre los requisitos que deben cumplirse para que puedan atribuirse las funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa[134]. Ambos cuerpos legales exponen la facultad que poseen específicas autoridades administrativas en definidos contextos y es precisamente lo que sucede en el caso de la Supersociedades.

La Supersociedades, a través de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, vio en el Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial un gran potencial para el cumplimiento de uno de sus fines esenciales, la resolución de conflictos entre empresarios. El objetivo y la razón de ser de este centro, es brindar instrumentos que les permitan abordar sus diferencias y solucionar sus conflictos de manera rápida y segura.

Desde hace varios años, esta Delegatura se ha planteado administrar justicia de manera pronta y eficaz[135]. Esto se ha conseguido gracias a un plan de acción que ordena "[…] realizar la gestión requerida, orientada a resolver de manera técnica y expedita, las desavenencias que puedan surgir entre los empresarios […]."[136] Entre las funciones de sus autoridades, consta el apoyar la programación de audiencias, dar seguimiento a las etapas procesales, así como al desarrollo de los planes estratégicos a cargo de la Delegatura y realizar seguimiento al desarrollo de los planes de acción operativos a cargo de la misma[137].

Retomando el tema del Centro de Conciliación y Arbitraje, es claro que su estructuración le permite estar dirigida a solucionar conflictos empresaria-

132 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo I* (Bogotá: Editorial Temis, 2016), 818

133 Artículo 116. Constitución Política de la República de Colombia. Gaceta Constitucional 116 del 20 de julio de 1991. Modificado por Acto Legislativo 2/2015.

134 Asignación de Funciones Jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Derechos de Autor, Actor: Diana Milena Díaz Agudelo, Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia, 436/2013 de 10 de julio de 2013, Bogotá D.C., Colombia, 19.

135 Superintendencia de Sociedades de Colombia. Delegatura Procedimientos Mercantiles. 2017. https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/Planeacion/Paginas/Delegatura-Procedimiento-Mercantiles.aspx

136 *Ibíd.*

137 *Ibíd.*

les. El Centro ha pretendido dotar de celeridad a los trámites que presentan frecuentes demoras procesales y, junto a ello, que los costes que respectan a la instalación y funcionamiento del tribunal se vean reducidos, incluidos los relativos al pago de honorario de los árbitros[138].

Con fundamento en la Ley que faculta a la Supersociedades para organizar un Centro de arbitraje, se confeccionó una selecta lista de árbitros para cumplir las concernientes funciones. La Supersociedades, en un novedoso reglamento en 2015, se inspiró en lo que sobre el particular se ha previsto en jurisdicciones más avanzadas como la de Delaware. En este actualizado reglamento institucional se establecen reglas que se orientan a facilitar el trámite y hacerlo menos costoso y más expedito[139]. Antes de la pandemia, se invirtió además considerablemente en el mejoramiento de la infraestructura física y tecnológica del Centro.

El mando estratégico del Centro se encuentra encabezado por el Superintendente de Sociedades, seguido por un delegado para Procedimientos Mercantiles y después por el Director del Centro. Cada uno cuenta con funciones específicas. En adición a estas autoridades, en el proceso de modernización del Centro se ha implementado la creación del Comité de Conciliación y Arbitraje, órgano encargado de la selección de árbitros, conciliadores y secretarios del tribunal[140]. Existen también dos subdirecciones, de arbitraje y conciliación, y una Secretaría[141] que cumple con funciones asistenciales.

El Centro se compone de una estructura organizada y preparada para ofrecer un servicio eficaz, con gratuidad en los gastos iniciales y posteriormente una ganancia percibida del 30% de los honorarios del árbitro[142]. El servicio de conciliación tampoco tiene costo, sin importar la cuantía de la solicitud[143]. Sin duda alguna, el modelo del país vecino, aquel con más de diez años de exitosa experiencia en resolución de conflictos societarios, sirve como ejemplo para confirmar que en Ecuador sería posible y bastante viable tomar la idea, sea bajo la misma figura de este Centro o una similar.

Al arrancar con esto, se podría consolidar al mismo como una alternativa óptima en resolución de conflictos societarios y así aportar mayor seguridad jurídica. Ello llevaría al fortalecimiento de las compañías, y al convertirse en impulsador de las mismas, aproximaría buena competencia, una necesidad de mayor inversión y, a su vez, creación de más empleos. Verdaderamente, Ecuador podría apoyarse en este triunfante modelo para tener la misma

138 Superintendencia de Sociedades, "Foro: El Arbitraje y el Derecho Societario", 24 de septiembre de 2020, video, https://www.youtube.com/watch?v=PFqyDrXvxSQ.
139 Superintendencia de Sociedades, "Foro: El Arbitraje y el Derecho Societario", video.
140 Superintendencia de Sociedades, "Foro: El Arbitraje y el Derecho Societario", video.
141 *Ibíd.*
142 *Ibíd.*
143 *Ibíd.*

acogida y éxito, hasta mayor por el gran avance normativo que ha tenido en el último tiempo.

5.4.3. Israel

A pesar de ser un país pequeño, Israel tiene un mercado de capitales bastante desarrollado. En los últimos 10 a 15 años, se han introducido importantes avances en las áreas de corporaciones y *securities*[144] *enforcement*, y por esto, ha sido testigo de una tendencia positiva en el nivel de gobierno corporativo en el mercado[145]. Para los países pioneros, ¿por qué ha sido tan desafiante conquistar un buen *enforcement* societario? Pues bien, es simplemente complicado ya que existen mecanismos y herramientas económicas, términos profesionales específicos y todo un lenguaje que se debe aprender antes de tener la capacidad de obtener la comprensión más básica de lo que ofrece el mercado de capitales.

Este país es un caso de estudio interesante para aquellos países interesados en la mejora de su *enforcement* en materia de derecho de sociedades. Un factor importante, presente no solo en Israel sino a nivel global, es la falta de cultura societaria[146] y la falta de *corporate compliance*[147]. Parte de las soluciones y condiciones para un entorno empresarial próspero de *enforcement*, desde la experiencia israelí, ha sido el poder de la ejecución civil. Leyes y prácticas desarrolladas sobre acciones derivadas y de clase han sido también mecanismos que cambiaron las reglas del juego[148].

Los mecanismos mencionados se han desarrollado tanto en la ley como en la jurisprudencia de los tribunales y florecieron bastante en la última década[149]. En definitiva, un buen equilibrio de mercado con todas las funciones para proporcionar a los inversionistas la protección que necesitan, contribuye a un buen crecimiento económico, un mercado de capitales desarrollado y estructuras de propiedad más dispersas[150].

En la primera década de este siglo, existió una fuerte época de protestas en la nación israelí. Estas comenzaron con demandas de vivienda asequible y con el tiempo encendieron un interés nacional en temas económicos: brechas entre diferentes clases sociales, nexos entre clase empresarial y clase política, entre otras[151]. A la par, se notó que los tribunales no tenían la capacidad de

144 Traducción no oficial: Valores negociables.
145 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".
146 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".
147 Traducción no oficial: Cumplimiento corporativo.
148 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".
149 *Ibíd.*
150 Gurrea, *et al.*, "Modernizing Corporate Law in Latin America".
151 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".

examinar las decisiones comerciales o corporativas en retrospectiva. Primero, era injusto y poco práctico ya que los jueces no están familiarizados con estos temas, segundo, puede tener un efecto indeseable que afectaría el crecimiento y el éxito de la compañía y, tercero, simplemente no es su trabajo[152].

Todo lo mencionado condujo a la creación de un espacio para garantizar un buen cumplimiento corporativo, cuya idea nace precisamente en 2006. La autoridad de *securities* de Israel conformó un comité, mismo que concluyó con la recomendación de la creación de Tribunales Económicos especializados, inspirados también en la *Delaware Court of Chancery*. La mera existencia de este espacio permitiría que se aplique el sistema de pesos y contrapesos de manera correcta y que no se destruyan los mercados de capital en el proceso.

En esta creación se establecieron expectativas y objetivos especiales para su funcionamiento[153], los cuales buscarían servir al propósito general de la justicia y decidir las disputas entre las partes ante él. Estaría claro también, que el mismo pretendería lograr resultados deseables que vayan más allá del estrecho interés de las partes[154]. Al igual que en las similares figuras comentadas previamente, este tribunal debería estar equipado con jueces de profundos conocimientos en finanzas y valores corporativos, de modo que pudiera ofrecer un buen remedio.

El papel principal que la comisión designó al Tribunal fue la protección de los accionistas minoritarios[155], función que evitaría la opresión e infracciones al deber de lealtad, lo cual ayudaría a tener un mercado desarrollado y crecimiento económico. Este tribunal económico especializado no se encuentra apartado y en solitario, cuenta con dos departamentos económicos y tres niveles judiciales. Estos niveles, de abajo hacia arriba, se dividen en tribunales de magistrados, situados en varias ciudades de Israel, seis tribunales distritales, con jurisdicción local sobre diferentes áreas geográficas, y la Corte Suprema[156].

El primer departamento económico se estableció en el Tribunal de Distrito de Tel Aviv hace un poco más de 10 años. Debido a su éxito, el segundo departamento económico se estableció en Haifa, en 2018. Las materias de jurisdicción de los tribunales de distrito van desde derecho civil corporativo y derecho administrativo, hasta "valores negociables" [157].

Por supuesto, existían preocupaciones previo a la creación del Tribunal Económico: ¿se tratará de demasiado poder judicial en manos de pocos jueces? o ¿habrá una sobrecarga de litigios? El profesionalismo, la comprensión y el conocimien-

152 *Ibíd.*
153 *Ibíd.*
154 Gurrea*, et al.*, "Modernizing Corporate Law in Latin America".
155 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".
156 *Ibíd.*
157 *Ibíd.*

to de los jueces fueron claves para tomar decisiones buenas y equilibradas[158]. Desde la perspectiva internacional, lo que explica la satisfactoria aprobación general del tribunal hasta hoy, es su notable eficiencia, decisiones fundamentadas y jurisprudencia consistente y coherente, que produce mayor certeza.

La correlación existente entre la implementacion adecuada del *enforcement*, aplicada por el Tribunal, y la protección a los minoritarios, reflejado en la "prima de control"[159] que Israel ha experimentado, es otro factor que lo ha vuelto exitoso. Para concluir, decimos que este sistema en Israel funciona bien porque existió una reforma procesal societaria integral para que se creen Tribunales especializados, implementada correctamente. Si bien el Derecho es distinto en todas partes, los modelos estructurales sirven de muy buena referencia.

6. Aplicación del Derecho Societario en Ecuador

6.1. Introducción

Al amparo de la aludida regla del *BJR*, los administradores de las compañías se encuentran bajo protección al tomar decisiones empresariales, siempre que se haga de manera informada, objetiva y razonada[160]. El reconocimiento de la *BJR*, es impulsado en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías. Esta incorporación presenta un gran provecho al motivar la asunción prudente de los riesgos en favor de la creación de compañías, el impulso de la innovación y desarrollo económico del país[161].

El uso de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, sistema que ya funciona en algunos países (como el sistema SIARELIS de la Supersociedades de Colombia)[162] –con algoritmos especiales– contribuirá a acceder y en procesos específicos, permitiendo la resolución de controversias con mayor agilidad[163]. Si bien las ODR: *Online Dispute Resolutions*[164] son una marca, son también la remisión al campo disciplinar que se origina en las nuevas tecnologías y la resolución de conflictos en mediación o arbitraje, por video[165].

158 *Ibíd.*
159 Cantidad que un comprador está dispuesto a pagar sobre el precio de mercado actual de una compañía que cotiza en bolsa para adquirir una participación de control en esa compañía. Alejandro Buján Pérez, Enciclopedia Financiera, (último acceso 17 de noviembre de 2021), http://www.enciclopediafinanciera.com/definicion-fianza.html
160 Paul Noboa Velasco. 2020. El reconocimiento de la "Business Judgement Rule" en el Derecho Societario en Ecuador. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/
161 Paúl Noboa, "Reconocimiento", n/d.
162 Carmen Elena Gutiérrez, Conozca el sistema virtual que apoya la resolución de litigios societarios, Legis Ámbito Jurídico, 24 de noviembre de 2018, https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/conozca-el-sistema-virtual-que-apoya
163 Ricardo Oliva León, "Transformación Digital y Tecnología de la Justicia", en *Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina: Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y Desafíos Regulatorios,* (Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), 441.
164 Traducción no oficial: Resolución de disputas en línea.
165 Ricardo Oliva León, "Transformación Digital", 441.

Estos ejemplos, demuestran que la implementación de recursos tecnológicos facilitaría el acceso a la justicia, asegurando la garantía de la tutela judicial efectiva y una importante reducción de costes procesales, en beneficio de las partes[166]. Sin duda alguna, la evolución en varios de estos campos habilita la consideración de nuevos canales para proporcionar soluciones y a la vez ahorrar más aún en costes y tiempo.

6.2. Problemas del régimen actual

Dentro de las varias críticas al Derecho Societario en Ecuador, así como las obstaculizaciones que estas faltas producen, las más notables –en concomitancia al *enforcement* inadecuado y las prioridades equivocadas que tienen las autoridades– es la insuficiente protección que tienen los accionistas minoritarios y una evidente falta de "cultura societaria". El índice *Doing Business* del Banco Mundial sirve como referencia para analizar el crítico estado en el que el país se encuentra, ya que ocupó la posición 123 entre las 190 economías analizadas y la número 18 entre los 32 países de América Latina y el Caribe[167].

Al hablar de prioridades equivocadas, existen varios trámites y costes que se convierten en claros obstáculos para los emprendedores, lo cual los obliga a optar por la informalidad. Es claro e identificable que el Estado no concibe a la compañía privada como su aliada para la generación de valor. Se crean obstrucciones constantemente y se vuelve muy difícil crear y mantener compañías. Muchas veces las instituciones ven al emprendedor con sospecha, sin percatarse de que sus en momentos desacertadas decisiones, pueden causarle daño a ellos así como a la sociedad.

7. El Arbitraje como mecanismo para mejorar el *Enforcement* Societario

7.1. Naturaleza de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos con naturaleza adversarial y adjudicativa[168]. Este mecanismo pretende solventar controversias entre partes que, por el principio de la autonomía de la voluntad, pueden someter su controversia susceptible de transacción; presente o futura, a una resolución. Es una de las vías más atractivas alternas al proceso judi-

166 *Ibíd.*
167 Banco Mundial, Índice Doing Business, 2020.
168 José María Roca Martínez, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, (Barcelona, Editorial José María Bosch, 1992), 18.

cial[169], al ser rápida y efectiva para resolver conflictos transigibles de las partes en situación litigiosa. Persigue vencer el exagerado rigorismo jurídico del proceso judicial, al evitar el seguimiento minucioso de formalismos[170].

Cabe resaltar que para muchos temas, la justicia ordinaria puede ser mucho más eficaz que el arbitraje, y para otros ciertos casos, es posible decir que el arbitraje es mejor administrado y más eficiente que el sistema tradicional de justicia[171]. Al tratarse de un proceso en que las partes acuden voluntariamente, en cuyos casos las mismas partes designan al árbitro, cuenta con mayor posibilidad de cumplirse[172]. Algo importante es que ambas vías pretenden una solución equitativa entre las partes que se vean envueltas en un conflicto.

Adicionalmente, entre otros beneficios, el arbitraje permite mayor celeridad en la resolución de las controversias. En función del tiempo, el sistema arbitral podría verse como menos costoso, siempre y cuando sea manejado con discreción y confidencialidad[173]. Su procedimiento jurisdiccional es *sui generis*[174], de cumplimiento obligatorio por su efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada[175]. Las decisiones son emanadas a través de laudos emitidos por un tercero, llamado árbitro. Este laudo arbitral generalmente privilegia la ética y buena fe por sobre los tecnisismos jurídicos injustos[176].

La especialización de los árbitros en las distintas materias que son sometidas a su conocimiento y decisión, ofrece muy buenos resultados[177]. Cabe resaltar que claramente resulta propicio dentro de todo contrato con fin comercial, al ser una forma segura para obtener una solución definitiva para un conflicto. Desde hace décadas se habla de este mecanismo para resolver disputas, así como el fomento de la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos comerciales, en especial para discordias sobre patrimonio[178].

7.2. Arbitrabilidad de las controversias societarias

Carreño dedica una detallada explicación sobre este mecanismo para la resolución de conflictos societarios, al examinar y abiertamente encomiar a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías ecuatoriana, sus beneficios y la situación del país referente al Derecho Societario latinoamericano por sus

169 *Ibíd.*

170 María Rosa Cattaneo, *El Arbitraje como instrumento para la solución de conflictos societarios* (Mar del Plata: Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, 1995), 472-473.

171 Jorge Hernán Gil Echeverry. *Curso práctico de arbitraje*, (Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1993), 11.

172 María Rosa Cattaneo, "El Arbitraje como instrumento", 473.

173 Jorge Gil. "Curso práctico de arbitraje". 11.

174 *Ibíd.*

175 María Leonor Piedrahita Ortega, "El arbitraje de consumo: análisis comparado y lineamientos para su posible introducción en la legislación ecuatoriana" (tesis, Universidad Andina Simón Bolívar. 2015), 14-16.

176 María Rosa Cattaneo, "El Arbitraje como instrumento", 474.

177 Jorge Gil. "Curso práctico de arbitraje". 11.

178 María Rosa Cattaneo, "El Arbitraje como instrumento", 474.

innovadoras reformas en 2020[179]. En otro orden de ideas, también resalta la inconveniencia que se deriva de la inexistencia de un tribunal especializado en la resolución de conflictos societarios en Ecuador. Como opción, plantea la posibilidad de que el estatuto social incluya una cláusula compromisoria que permita resolver estos conflictos mediante arbitraje[180].

Esta clase de análisis permite entender por qué sería bueno evitar la complejidad de acudir a la justicia ordinaria que ya atiende a un sinnúmero de casos comerciales y civiles. De esta forma, resultaría más eficiente sujetar la resolución de controversias societarias a instancias especializadas, en lugar de hacerlo al dictamen de un juez de lo civil y mercantil, autoridades no especializadas en materia societaria[181]. Los beneficios que se presentan en países con sistemas judiciales suficientemente buenos, sirven de prueba para entender que tanto las buenas reglas como su *enforcement* son esenciales, y su combinación, aún más efectiva[182].

Como se debatió antes, en Colombia, por medio del Centro de Arbitraje, esta alternativa ha sabido exhibir de manera sustentada, resultados para que otros países puedan ver cómo solucionar controversias entre empresarios. Tal y como indica Esteban Ortíz, ex Intendente de Compañías de Quito, "[…] a través de cláusulas arbitrales establecidas en el estatuto de las compañías, se podría canalizar la solución de conflictos a través de este mecanismo cuya resolución la hagan árbitros extremadamente calificados y que conozcan sobre la materia[183]".

La expedición de una ley que delimite el alcance y establezca mecanismos de cumplimiento obligatorio para la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos[184], sería un soporte inmenso. Este refuerzo normativo permitiría fortalecer el *enforcement* societario y sería ideal para proporcionar seguridad jurídica, así como mayor transparencia y claridad sobre el tema. En adición a esto, parámetros para que la validez del arbitraje sea reconocida[185].

7.3. Propuesta de creación de un centro arbitral administrado por la SCVS.

Si bien el Consejo de la Judicatura podría preparar y especializar a jueces en materia societaria y mercantil, es sustancialmente menos viable y favorable

179 Daniel Carreño Monsalve, "Ley de Modernización a la Ley de Compañías", 136-164.
180 *Ibíd.*
181 Daniel Carreño Monsalve, "Ley de Modernización a la Ley de Compañías", 136-164.
182 La Porta, *et al,* "Law and Finance After a Decade", 445-446.
183 Ortiz, Entrevista.
184 *Ibíd.*
185 *Ibíd.*

para el escenario que se persigue[186], por todas las desventajas que se presentan ante otras alternativas como la propuesta. Al observar la práctica en otros países, establecer un sistema de doble instancia podría conducir a que autoridades no especializadas, puedan revertir decisiones proferidas por un Centro especializado en materia societaria (tal y como sucede con las acciones de apelación que se presentan frente a las sentencias emitidas por la Supersociedades de Colombia).

Como se mencionó, ya existen planteamientos referentes a la creación de un espacio al que puedan recurrir las personas que requieran solucionar conflictos en materia societaria[187]. Este debería revelarse como un sistema apto, independiente, que genere confianza, sea calificado y avanzado. En adición a la propuesta del trabajo de Gurrea[188], existe un anteproyecto de ley que sugiere la implementación de una instancia arbitral especializada en materia societaria con plenas atribuciones de resolver conflictos societarios y mercantiles, exclusivamente.

A pesar de que el anteproyecto referido no llega a la Asamblea Nacional aún, se encuentra bien encaminado y es cuestión de tiempo para que sea recibido y aprobado de acuerdo al proceso pertinente. Este anteproyecto se fundamenta en la recomendación de la OEA para acoger la Ley modelo sobre reglas de procedimientos para resolución de controversias de las SAS[189]. Sin embargo, este no pretende atender solo SAS sino también generar mecanismos de resolución de conflictos para todo tipo de compañías mercantiles.

El Centro de Resolución de Controversias Societarias (y sus equivalentes en cada país) es una alternativa que ha demostrado buenos resultados, con sus matices, en Colombia, Israel, Holanda, además del referente principal, el estado de Delaware. Principalmente por esta razón, está muy claro que es la mejor opción. Se deberá apuntar a que el Centro sea administrado por la SCVS, para evitar costes innecesarios, dar facilidades a aquellos arbitrajes de poca cuantía, regular con nitidez la incorporación de terceros con legítimo interés al proceso, a pesar de no haber suscrito en el estatuto contener una cláusula arbitral[190].

En Colombia, la Supersociedades se responsabiliza considerablemente del financiamiento para el funcionamiento del Centro y es algo que podría suceder en Ecuador de la misma manera. Antes de la pandemia, la SCVS percibía por concepto de contribución de todas las compañías alrededor de USD 180

186 *Ibíd.*
187 Asamblea Nacional del Ecuador, Proyecto de ley sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias Societarias. Presentado por Asambleísta Wilma Piedad Andrade Muñoz, 24 de enero 2022. Último Acceso: 28 de enero de 2022.
188 Gurrea, *et. al.*, "Propuesta", 57
189 Asamblea Nacional del Ecuador, Proyecto de ley sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias Societarias.
190 *Ibíd.*

millones anuales[191]. El rubro se ha visto afectado a partir de la pandemia por Covid-19, pero, de igual manera, el valor que hoy en día entra a las arcas de la SCVS es muy cercano[192]. Por lo que se refiere al presupuesto anual de la SCVS, se habla de USD 40 millones aproximadamente, lo cual afirma que existe un monto abundante del cual se podría sustentar para ofrecer un servicio para las compañías[193].

8. Conclusión

Las discuciones de derecho societario en Ecuador deben cambiar para no versar sobre debates de carácter tramitológico o burocrático, sino enfocarse en los temas que van a incidir en el deseo de las personas que pretenden invertir en compañías ecuatorianas. Encontrar mecanismos para mejorar el *enforcement* resulta fundamental, por lo que dirigirse por medio de esta resultaría de mucha utilidad. Sobre los demás temas que limitan al derecho ecuatoriano actualmente, es evidente que debe haber modificaciones para obtener un modelo de *enforcement* societario exitoso. Ello conseguiría que Ecuador se convierta en un destino atractivo para invertir, crear compañías y más. Así lo confirman los países con una correcta aplicación de sus reglas societarias.

Para las diversas situaciones que los problemas societarios pueden presentar, existen también muchas complejidades y por ello se requiere acceso no solo a un mecanismo alternativo de solución de conflictos, sino que este sea técnico y pueda generar seguridad a todos los involucrados. Por ello, una solución sería la creación de un Centro, como espacio de especialización para dirimir este tipo de controversias. En otro orden de ideas, el Centro debería precisar una serie de requerimientos a cumplirse, como una estructura ordenada y objetivos claros.

El propósito es encontrar una alternativa que brinde soluciones a socios, accionistas y todo aquel relacionado con una compañía. Incluso el accionista mayoritario tendría incentivos para recurrir al arbitraje para tener una respuesta técnica al abuso del derecho de voto de la minoría, por ejemplo. Por otro lado, es bien sabido que el acceso al arbitraje implica duros gastos para las partes, aspecto que podría resultar perjudicial para muchas compañías, al afectar su flujo de caja. La implementación de un sistema que subsidie el acceso a este mecanismo, permitiría eliminar una barrera de entrada económica, en beneficio de compañías y grupos de interés relacionados.

Los gastos administrativos del Centro pueden financiarse de varias formas. La SCVS tiene para asumir la totalidad de gastos gracias a las contribuciones que

191 Ortiz, Entrevista.
192 *Ibíd.*
193 *Ibíd.*

recibe, aunque bien podría cubrir únicamente aquellos gastos en beneficio de las mipymes[194]. A mi parecer ambas opciones son justas, pero para mayor alcance y aplicabilidad, dado su fuerte soporte económico, sería mejor la primera opción. Este órgano se responsabilizaría además de la administración y gestión económica del Centro, para ello deberá existir una tabla que determine cómo (en procesos) y cuánto (cuantías). Sería ideal dividir la materia para que temas que involucren más recursos y tiempo sean resueltos de cierta forma, y los más sencillos, atendidos de manera breve, sea con un solo árbitro en lugar del tribunal.

Conceptualmente, no hay limitación para que las partes pacten arbitraje, pero en la práctica los costes en los que las partes deberían incurrir actúan como una seria limitación para recurrir a esta alternativa. Dicho esto, como la SCVS se haría cargo de administrar el Centro, gestionarlo y ciertamente financiarlo, se estaría lidiando correctamente con la eliminación de barreras de entrada que desincentiven el uso del arbitraje (que es excesivamente oneroso, en varios casos). Es por ello pertinente considerar un sistema de subsidio en el que todas las compañías puedan beneficiarse de esta alternativa, no solamente aquellas financieramente solventes.

A la par de lo antedicho, debe existir la posibilidad de elección para las partes en cuanto a la fijación de honorarios de los árbitros. En caso de no estar en condiciones para pagar, podrían proceder a solicitar a la SCVS que cubra con tales gastos. En adelante, a las partes les corresponde únicamente escoger al árbitro (libremente), tema en el que la SCVS no interviene, en ningún caso.

Como se ha mencionado, Ecuador cuenta en muchos aspectos con una sólida y avanzada legislación, y lo que se pretende es superar el desafío más grande que enfrenta actualmente, saber aplicarla. Si Ecuador efectúa el reconocimiento legislativo de esta propuesta, habrá dado un paso gigante. En este sentido, este avance impulsaría naturalmente a las demás instituciones y herramientas del derecho de sociedades a trabajar en armonía y encaminarse a servir para obtener un adecuado modelo de *enforcement* societario.

Si bien es cierto ya existen Centros de arbitraje y mediación en Ecuador, estos no son especializados en materia societaria. A mi parecer, los postulantes para delegados de los procedimientos societarios que, en definitiva, serían árbitros societarios, tendrán que acreditar sus conocimientos a través de exámenes efectuados por la SCVS. Con relación a su profesionalización, es importante reiterar que la resolución de conflictos societarios urge de entendidos en normativa local y tendencias societarias contemporáneas a nivel mundial. Con este fin, las partes tendrían la posibilidad de seleccionar un árbitro que cumpla con sus exigencias de manera técnica.

194 Micro, pequeña y mediana empresa

Este trabajo ha conseguido responder la pregunta jurídica planteada, ya que ha demostrado que no existe un marco de *enforcement* societario adecuado en el país. La experiencia de otras jurisdicciones permite entender y reflexionar que sus modelos exitosos le dan confianza a Ecuador de aplicar correctamente su normativa en tal materia. Como fue mencionado, ello garantizaría mayor seguridad jurídica y coadyuvaría a un mayor desarrollo comercial y empresarial. Existen retos, pero a su vez, también alternativas por implementar. Es cuestión de enfocarse en las soluciones y trabajar en obtener resultados aplicables y fructíferos en cada ámbito.

USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Arbitrabilidad en materia tributaria a la luz de la nueva Ley de Sostenibilidad Fiscal

The Arbitrability on Tax Matters Under the New Fiscal Sustainability Law

Felipe Castro Zurita*
Santiago Cisneros Bejarano**

Recibido / Received: 2/02/2022
Aceptado / Accepted: 18/05/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2591

Citación:
Castro Zurita, F., Cisneros Bejarano, S. «Arbitrabilidad en materia tributaria a la luz de la nueva ley de sostenibilidad fiscal». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1,* julio de 2022, pp. 161-177, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2591

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: fjcastroz@outlook.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-7395-8920

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mailto:scisneros@lex.ec ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-0862-4606

Resumen

La Ley de Sostenibilidad Fiscal, creada con el fin de superar la crisis económica agravada por la pandemia del Covid-19, introduce una figura novedosa en materia tributaria: la transacción de ciertas obligaciones de esta naturaleza. El criterio de arbitrabilidad objetiva en la legislación ecuatoriana es la transigibilidad de la materia en disputa. El presente artículo analiza si la habilitación de la transacción en esta materia permite también el sometimiento a arbitraje de este tipo de obligaciones. El trabajo contiene un estudio de la arbitrabilidad objetiva y su aplicación en Ecuador, con observación a las particularidades que conlleva la transigibilidad cuando se trata del derecho público. Así mismo, se realiza una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano y teleológica de la mencionada ley, para determinar la arbitrabilidad de las obligaciones tributarias. Finalmente, se concluye cuáles son los supuestos de los regulados por la Ley, que podría conocer la jurisdicción arbitral.

Palabras clave

Arbitrabilidad objetiva; obligaciones tributarias; arbitraje tributario; transigibilidad

Abstract

The new Fiscal Sustainability Law, enacted with the goal to overcome economical crisis Ecuador currently undergoes, introduces a new, innovative figure in Tax Law: transigibility of tax obligations in certain scenarios. The objective arbitrability criteria in the Ecuadorian legislation is the transigibility of the dispute. The present article analyses if the transigibility of tax obligations enables its arbitrability. The work contains a study of objective arbitrability and its application in Ecuador considering transigibility in regards of public administration. Likewise, it contains a systematic interpretation of the legal system under the new Law. Furthermore, it observes the intention of the law and how this, along with the systematic view, allows tax arbitration. Finally, it concludes with which scenarios of those determined in the new Law, could be solved by arbitration.

Keywords

Objective Arbitrability; tax obligations; tax arbitration; transigibility

1. Introducción

En la última década el ordenamiento ecuatoriano ha sufrido varias reformas en materia tributaria y de arbitraje. Con la entrada en vigor del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (en adelante COPCI) en 2010, se prohibió la posibilidad de someter a arbitraje "los asuntos tributarios".[1] En 2018, la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal (en adelante Ley de Fomento Productivo) reformó el COPCI y, entre otras modificaciones, eliminó la prohibición y estableció como obligatorio el arbitraje cuando se celebren contratos de inversión.[2]

Finalmente, en un contexto de crisis económica agravada por la pandemia del Covid-19, el 29 de noviembre de 2021 se publicó en el Tercer Suplemento No. 587 del Registro Oficial la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19 (en adelante Ley de Sostenibilidad Fiscal o, simplemente, la Ley), con el objeto de promover la "sostenibilidad de las finanzas públicas, el reordenamiento del sistema tributario y fiscal ecuatoriano y la seguridad jurídica para la reactivación económica del Ecuador tras haber afrontado la pandemia del COVID-19".[3] Una de las innovaciones de esta Ley es el establecimiento de la transacción en determinadas obligaciones tributarias y, con ello, surge la interrogante de si es posible o no arbitrar dichas obligaciones.

Para algunos, debido a que se trata de una materia de interés público que se establezca expresamente la transigibilidad de las obligaciones tributarias, no es suficiente para que sea arbitrable, pues este supuesto también debe estar previsto en la ley.[4] El objetivo de este artículo es superar esta posición. Para ello, en primer lugar, se analizará la arbitrabilidad, su noción y cómo está regulada en Ecuador. En segundo lugar, se argumentará que una visión sistemática del ordenamiento permite la arbitrabilidad tributaria. En tercer lugar, se explicará que la intención de la Ley también apunta hacia la arbitrabilidad de ciertas obligaciones en esta materia. Finalmente, se analizarán los supuestos que son arbitrables bajo la Ley de Sostenibilidad Fiscal.

---

1 Artículo 27, ya derogado, Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, R.O. Tercer Suplemento No. 351, 29 de diciembre de 2010, reformado por última vez R.O. Tercer Suplemento No. 587, 29 de noviembre de 2021.

2 Artículo 37, Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, R.O. Suplemento No. 309, 21 de agosto de 2018, reformado por última vez R.O. Tercer Suplemento No. 587, 29 de noviembre de 2021.

3 Artículo 1, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, R.O. Tercer Suplemento No. 587, 29 de noviembre de 2021.

4 En definitiva, hay quienes dicen que "el arbitraje" debe estar "previsto en la ley", estableciendo "claramente lo que puede ser sometido a arbitraje". Mario Alejandro Flor y Juan Carlos Peñafiel, "El Arbitraje Tributario Interno", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 4. (Septiembre 2013): 132, https://doi.org/10.36649/rea10. Por su parte, para Romina Sánchez, la "prohibición para arbitrar asuntos tributarios" confirmaba lo obvio: "la imposibilidad de someter a arbitraje" dichas disputas. Romina Isabel Sánchez, *Arbitraje en 'Asuntos Tributarios': el efecto de la Ley de Fomento Productivo en el régimen de solución de controversias con inversionistas"*, Trabajo de titulación, Universidad San Francisco de Quito (Diciembre 2019): 42-43, https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/9013/1/125185.pdf.

2. Desarrollo

2.1. Arbitrabilidad

El arbitraje, como mecanismo "alternativo" a la justicia ordinaria para la solución de controversias, generalmente nace del consentimiento: a través del convenio arbitral, las partes expresan su intención de sustraer determinadas disputas de la justicia ordinaria y someterlas a arbitraje.[5] Así, mientras la jurisdicción ordinaria es de "carácter imperativo" ya que no "depende de un acto voluntario de adhesión", el arbitraje es de carácter voluntario.[6] Por ello, los límites a la autonomía de las partes se convierten en límites a la jurisdicción de los árbitros.[7] Uno de estos límites es la arbitrabilidad: "no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen".[8] En esta sección, se ahondará acerca de la noción de arbitrabilidad, para luego analizar cómo esta opera en Ecuador.

2.1.1. Noción de arbitrabilidad

La arbitrabilidad, en un sentido subjetivo, hace referencia a las personas capaces de someter sus controversias a arbitraje. En un sentido objetivo, se refiere a las materias o derechos susceptibles de ser arbitrados. Es decir, son arbitrables las materias que se pueden sustraer de la justicia ordinaria para que sean conocidas por los árbitros, mientras que otras son de "jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales".[9]

Existe una discusión doctrinaria acerca de la arbitrabilidad subjetiva debido a que, para algunos, es erróneo calificarla dentro del concepto de arbitrabilidad porque se trata de límites o requisitos relativos a la capacidad legal de las personas, comunes a otros negocios jurídicos.[10] No obstante, para efectos del presente artículo, no es relevante esta discusión por dos razones. Primero, porque el efecto en nuestra legislación, sea por falta de arbitrabilidad subjetiva o incapacidad legal para celebrar el convenio arbitral, es el mismo: el convenio adolece de un vicio de validez.[11] Segundo, porque para este análisis solo nos

5 Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International 2003), 129.

6 Roque J. Caivano, "Arbitraje y Orden Público", *Revista de Derecho Foro Jurídico* 12 (2013): 64, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425.

7 Karl-Heinz Böckstiegel, "Public policy and arbitrability", I*CCA Congress series* 3 (1986): 178, https://www.arbitration-icca.org/icca-congress-series.

8 Caivano, "Arbitraje y Orden Público," 64.

9 Ibid., 64-65.

10 Ver, Gary B. Born, *International Comercial Arbitration*, 3ra Ed. (La Haya: Kluwer Law International B.V., 2021), 1033-1034.

11 Sobre este punto, incluso, existen diversas posiciones: si la no arbitrabilidad de una materia afecta a la validez del convenio arbitral, o únicamente a la jurisdicción de los árbitros. Ver Böckstiegel, "Public policy and arbitrability", 180; Born, *International Comercial Arbitration*, 1033; Stavros Brekoulakis, "On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of

interesa la arbitrabilidad objetiva, esto es, las materias que pueden someterse a arbitraje.

La arbitrabilidad de una materia depende de la legislación de cada Estado.[12] Tradicionalmente, las materias que se relacionaban con el orden público no podían ser conocidas por los árbitros.[13] Al respecto, el caso "*Societé Anonyme Agricole*" resuelto por la Corte de Apelaciones de París resulta ilustrativo:

> la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo que había resuelto una cuestión vinculada con la venta de cebada, con fundamento en que su precio estaba regulado legalmente y que, por tanto, la controversia estaba vinculada a una cuestión que **"interesa" al orden público.** La Corte no analizó si la regulación legal había sido violada, juzgando que el arbitraje estaba prohibido por el solo hecho de que la controversia implicara el examen de una norma de orden público, y que las cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de esas disposiciones no podían ser resueltas por árbitros (énfasis añadido).[14]

Posteriormente, una serie de decisiones judiciales en países como Estados Unidos, Francia e Inglaterra, superaron la idea de que los árbitros no podían aplicar normas de orden público.[15] Hoy, son diversas las posiciones que han tomado las legislaciones de cada Estado. Para ciertos ordenamientos, son arbitrables las controversias que tienen contenido económico. Este es el caso de Costa Rica, cuya Constitución Política, en su artículo 43, establece que "toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros (…)".[16] En países como Colombia, las partes pueden someter a arbitraje asuntos de "libre disposición".[17] Por su parte, en el Derecho mexicano, para que una materia sea arbitrable debe "(1) no versar sobre un área expresamente excluida; (2) versar sobre derechos de libre disposición; (3) no afectar el interés público; y (4) no involucrar derechos de tercero[s]".[18]

En breve, la arbitrabilidad objetiva hace referencia a las materias o derechos susceptibles de ser sometidos a arbitraje. La arbitrabilidad o no de una materia depende de la legislación de cada Estado. En el caso de Ecuador, son arbitrables aquellas materias en las que se puede transigir.

Concern", en *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, ed. Loukas A. Mistelis y Stavros L. Brekoulakiss (La Haya: Kluwer Law International B.V., 2009), 20.

12 Born, *International Comercial Arbitration*, 1032.
13 Caivano, "Arbitraje y Orden Público," 66-67.
14 Ibid., 68.
15 Brekoulakis, "On Arbitrability: Persisting Misconceptions", 20.
16 Artículo 43, Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949.
17 Artículo 1, Ley 1563 de 2012 [Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional], Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.
18 Francisco González de Cossío, "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles. Notas para una discusión", *Comisión de Derecho Mercantil y Comité de Derecho Arbitral* (s/f): 3, http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf.

2.1.2. Arbitrabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La arbitrabilidad objetiva en Ecuador se aplica observando la transigibilidad de la materia en disputa. Este criterio es recogido por la Constitución al establecer que los métodos alternativos de solución de conflictos "se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir".[19] De igual forma, la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, "LAM") prescribe que "[e]l sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción".[20] Esta figura presenta algunos problemas como criterio de arbitrabilidad. El primero, versa sobre la insuficiencia de la norma en determinar qué materias son transigibles; y el segundo, sobre la disponibilidad de los derechos en controversia.

En primer lugar, la regulación de la transacción en el Código Civil resulta insuficiente, ya que la norma no especifica cuáles son las materias susceptibles de transacción.[21] Resulta más conveniente observar las materias que según el mismo Código no lo son, como el estado civil de las personas,[22] los alimentos futuros,[23] los derechos ajenos y los derechos inexistentes.[24] Debido a esto, para Parraguez y Darquea, "es materia transigible todo aquello que no ha sido calificado como no transigible por la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8 del Código civil, según el cual '[a] nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley'".[25] Sin embargo, la transigibilidad como criterio de arbitrabilidad establece una limitación a la autonomía de la voluntad, debido a que hay materias que son consideradas de orden público, y por tanto no son susceptibles de transacción. Este primer problema sin duda limita el abanico de disputas que pueden resolverse mediante arbitraje debido a las dudas que se presentan respecto de si determinada materia es transigible o no.

Por otro lado, según el Código Civil, "[n]o puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".[26] Sobre la base de esto, se ha mencionado que solo lo disponible puede ser sometido a arbitraje, "diferenciándose las [normas] de carácter dispositivo e imperativo para afirmar la arbitrabilidad de las materias regidas por las primeras y negarla

19 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 377 de 25 de enero de 2021.

20 Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM] R.O. No. 417 de 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez en R.O. Suplemento 309 de 21 agosto de 2018.

21 Artículo 2348, Código Civil [CC], R.O. Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Quinto Suplemento No. 561 de 19 de octubre de 2021.

22 Id., Artículo 2352.

23 Id., Artículo 2353.

24 Id., Artículo 2354.

25 Luis Parraguez Ruiz y Juan Carlos Darquea, "La arbitrabilidad del daño moral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 8. (Noviembre 2017): 102, https://doi.org/10.36649/rea804.

26 Artículo 2449, CC.

en las regidas por las segundas".[27] Sin embargo, que un conflicto se resuelva mediante arbitraje no implica, *per se*, disposición de derechos alguna. Al menos en el arbitraje en derecho, el árbitro está llamado a aplicar la ley, lo cual no implica que las partes renuncien a los derechos sobre los cuales este resolverá.

Como bien menciona Caivano, "el hecho de que en una controversia estén en juego derechos sustantivos indisponibles, o que su solución exija interpretar o aplicar normas de orden público, no constituye un impedimento al ejercicio de la jurisdicción arbitral".[28] El fin último del arbitraje es darle una solución vinculante a un conflicto de la misma manera en la que lo haría un juez, por lo que "en ningún caso el proceso arbitral involucra una disposición, negociación o renuncia de derechos, al ser un proceso de conocimiento lo que se busca es esclarecer el conflicto y darle una solución".[29]

2.2. Interpretación sistemática del ordenamiento

2.2.1. Análisis de las normas aplicables

Según la Ley de Sostenibilidad Fiscal, las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción. El artículo 56.1 reza lo siguiente:

> Art. 56.1.- Transacción.- **Las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción** de acuerdo con lo prescrito en la Sección 6a del presente cuerpo legal, en virtud de lo cual, un procedimiento administrativo o judicial queda concluido a consecuencia de los acuerdos plasmados en un acta transaccional, en un auto o sentencia, emitido por autoridad competente y bajo las condiciones y preceptos establecidos en este Código y permitidos por la Ley (énfasis añadido).[30]

Para determinar si esta habilitación de la transacción sobre las obligaciones tributarias trae consigo la susceptibilidad de que sean sometidas a arbitraje, debe realizarse una interpretación sistemática del ordenamiento. Este tipo de interpretación implica "extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte".[31]

En concordancia con las normas que determinan la arbitrabilidad objetiva en el ordenamiento ecuatoriano, como son los mencionados artículos 190 de la

27 Marta García Pérez, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2011), 44.
28 Caivano, "Arbitraje y Orden Público," 78.
29 Leonardo Coronel Larrea e Isabel Núñez Patiño, "La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 10. (Noviembre 2019): 182, https://doi.org/10.36649/rea1006.
30 Artículo 79, Ley de Sostenibilidad Fiscal.
31 Víctor Emilio Anchondo Paredes, "Métodos de interpretación jurídica", *Quid iuris* 16, no. 1. (Marzo 2012): 41, https://biblat.unam.mx/es/revista/quid-iuris-chihuahua/articulo/metodos-de-interpretacion-juridica.

Constitución y 1 de la LAM, la transigibilidad es el requisito para que una materia determinada sea arbitrable. Así mismo, el artículo 4 de la LAM y 4 de su reglamento (en adelante Reglamento), confieren la potestad a las entidades del sector público a someterse a arbitraje. De igual forma, según lo que prescribe el artículo 426 de la Constitución, la norma suprema debe ser aplicada directamente, por lo cual, si esta prescribe que lo transigible es arbitrable, y una ley determina a las obligaciones tributarias como transigibles, debe aplicarse el efecto previsto por la norma: ciertas obligaciones tributarias pueden ser sometidas a arbitraje.

2.2.2. Transigibilidad y sector público

Si bien la transigibilidad como criterio de arbitrabilidad objetiva puede aplicarse sin mayor dificultad en el derecho privado, hay que tener algunas consideraciones al hablar de transigibilidad en cuanto al derecho público. Según el artículo 226 de la Constitución, que consagra el principio de legalidad, "[l]as instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley".[32] Por lo tanto, si en principio las entidades públicas no tienen derechos, sino potestades, la transigibilidad, en cuanto disponibilidad de derechos, no puede ser aplicada de la misma manera en la que es aplicada para los particulares. Cuando se trata de arbitrabilidad en cuanto al sector público, Aguilar Andrade menciona que "la pregunta no pasa por el ámbito de lo indisponible, sino por el alcance de las potestades que la ley le asigna y que constan en la propia norma".[33]

Esto quiere decir que para que determinada materia sea transigible o arbitrable en el derecho público, la habilitación debe estar expresamente prevista en la ley. Es lo que sucede, por ejemplo, respecto de la contratación pública. El segundo inciso del Art. 190 de la Constitución prescribe que "[e]n la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley".[34] Asimismo, el Art. 4 de la LAM regula el sometimiento a arbitraje de las entidades de la administración pública. Respecto de las obligaciones tributarias, la Ley de Sostenibilidad Fiscal cumple con este requisito al prescribir que estas pueden ser objeto de transacción.

Ahora, con base en el principio de legalidad, se podría argumentar que para que exista el arbitraje en materia tributaria, es necesario que el legislador lo

32 Artículo 226, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

33 Juan Pablo Aguilar Andrade, "Derecho administrativo y transigibilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 6, (Octubre 2015): 262, https://doi.org/10.36649/rea610.

34 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

prevea expresamente, con lo cual no bastaría que se haya permitido solamente la transacción. Sin embargo, como dice el previamente citado autor, "conferida una potestad no hay que buscar en ella límite alguno; es la ley la que regula la potestad, la que debe expresamente excluir determinados asuntos de su ejercicio y, si no lo hace, no pueden considerarse excluidos".[35] Por tanto, no hay problema en afirmar que, con la habilitación de la transacción, se cumple con el mandato necesario para arbitrar obligaciones tributarias. Que el Derecho Tributario sea de fuente legal no constituye una limitación para la arbitrabilidad cuando se cumplen los requisitos que la misma ley prescribe.

El verdadero problema radica en que la Constitución, en su artículo 173, determina que "[l]os actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial".[36] También el Código Orgánico de la Función Judicial, referente a los jueces de lo contencioso tributario, prescribe que estos tienen la potestad de:

> Conocer de las impugnaciones que presenten los contribuyentes o interesados directos contra **todo acto administrativo de determinación tributaria** proveniente de la administración tributaria nacional, seccional o de excepción; inclusive de todo acto administrativo que niegue peticiones de compensación o facilidades de pago, niegue recursos de revisión, imponga sanciones por incumplimiento de deberes formales o niegue reclamos de pago indebido (énfasis añadido).[37]

Se puede observar en dichas normas que existe un límite a las materias arbitrables, el cual generalmente se fundamenta en el orden público. En la legislación ecuatoriana, este límite se encuentra en los actos administrativos. Si bien existen casos en el ámbito de la contratación pública en los que la revisión de un acto administrativo puede ser realizada por un árbitro,[38] lo cual ha sido ratificado por el Reglamento a la LAM,[39] la Ley de Sostenibilidad Fiscal se reserva la transacción para cuando un proceso de determinación "no hubiere concluido con un acto administrativo contentivo de una obligación de dar".[40] Parece ser que la intención de la ley es justamente excluir la transacción de los actos administrativos tributarios, aunque habilitando con ello los métodos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, para otras actuaciones y supuestos que se observarán más adelante.

35 Aguilar Andrade, "Derecho administrativo y transigibilidad," 262.
36 Artículo 173, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
37 Artículo 219, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009, reformado por última vez R.O. Suplemento No. 587 de 29 de noviembre de 2021.
38 Ver, Hugo García Larriva y Bernarda Muriel Bedoya, "Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 12. (Noviembre 2021): 234-241, https://iea.ec/pdfs/revista-12/articulos/ARTICULO-8.pdf.
39 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 524 de 26 de agosto de 2021.
40 Artículo 79, Ley de Sostenibilidad Fiscal.

2.3. *Ratio Legis* de la Ley de Sostenibilidad Fiscal

El Código Civil prevé en su artículo 18 las reglas de interpretación de la ley, determinando que, "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".[41] Así, por regla general, "debe atenderse al elemento gramatical de la interpretación".[42] No obstante, cuando una expresión de la ley es "oscura", es posible "recurrir a su intención o espíritu claramente manifestado en ella misma" o atender a "la historia fidedigna de su establecimiento".[43] Por ello, en primer lugar, se analizará por qué una interpretación estrictamente literal no permite determinar si es posible o no arbitrar en materia tributaria. En segundo lugar, se explicará que una interpretación teleológica se adecúa a la Constitución y permite concluir en favor de la arbitrabilidad tributaria. En tercer lugar, se argumentará que el desarrollo histórico de las obligaciones tributarias apunta hacia la posibilidad de que algunas de estas sean sometidas a arbitraje.

2.3.1. El sentido literal de la Ley no es claro

El artículo 79 de la Ley de Sostenibilidad Fiscal establece que "las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción de acuerdo con lo prescrito en la Sección 6ª del presente cuerpo legal (…)".[44] Como ya se ha dicho, *a priori* cabe utilizar la interpretación literal para determinar si es posible o no arbitrar las obligaciones tributarias. La doctrina suele utilizar la expresión "significado literal" en distintas formas.[45] Entre ellas, para efectos del presente análisis, cabe resaltar tres: la interpretación literal como "significado *prima facie*", como "significado semántico-gramatical de un enunciado" y como el "argumento *a contrario*".[46] Bajo una primera forma, se entiende "el significado *prima facie* de un enunciado", por "pura intuición lingüística".[47] El vocablo "arbitrar" no aparece dentro del texto normativo en cuestión, por lo que no es posible llegar a una conclusión interpretativa a partir del mero análisis literal e intuitivo.

En un segundo sentido, se entiende por "significado literal" al "significado semántico-gramatical de un enunciado", tomando en cuenta, para la atribución de significado al texto normativo, únicamente "las reglas semánticas y sintácticas del idioma, al significado de las palabras y a la conexión sintáctica, gra-

---

41 Artículo 18, CC.

42 Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, 1er Volumen (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978), 122.

43 Artículo 18, CC.

44 Artículo 79, Ley de Sostenibilidad Fiscal.

45 Francesca Poggi, "Significado Literal: una noción problemática", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 30, (2007): 620, https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.51.

46 Ibid., 621-623.

47 Ibid., 621.

matical, de las mismas".[48] Este método de interpretación, sin embargo, no es concluyente; primero porque "las reglas tanto semánticas, como sintácticas, del lenguaje en ocasiones son muy elásticas, de manera que no siempre permiten llegar a un significado (a) unívoco y (b) preciso".[49] Segundo, debido a que, aplicando "reglas semánticas y sintácticas" es posible "poner en evidencia la equivocidad y vaguedad de los textos normativos, pero no resolverlas".[50] Aplicando estas reglas, se deprenden los siguientes elementos del artículo en mención: i) ciertas obligaciones tributarias pueden ser transigibles; ii) no es mandatorio llegar a acuerdos transaccionales; y iii) pueden celebrarse dentro o fuera de un proceso. La disposición no hace referencia a la posibilidad de arbitrar, por lo que, utilizando únicamente reglas sintácticas y semánticas, solo se pone en evidencia su equivocidad y no se puede concluir si son arbitrables o no.

En un tercer sentido, se puede llegar al significado literal mediante el "argumento *a contrario*", que presupone la interpretación mencionada en el párrafo precedente. Este puede ser usado de dos formas: como argumento interpretativo y como construcción jurídica.[51] Como argumento interpretativo, la estructura es la siguiente: es posible la transacción de obligaciones tributarias, pero, dado que la disposición en cuestión no hace referencia a la posibilidad de arbitrar dichas obligaciones, no se puede concluir nada al respecto. Como construcción jurídica, el argumento es el siguiente: el Derecho Tributario es de interés público, así que se rige por el principio de legalidad. Para que la Administración tributaria pueda pactar un arbitraje, debe estar establecido por ley. Si bien es posible la transacción de obligaciones tributarias, dado que la Ley de Sostenibilidad Fiscal no establece expresamente la posibilidad para arbitrar obligaciones de esta naturaleza, no es posible el arbitraje en materia tributaria. Esta interpretación, sin embargo, no se adecúa a los preceptos constitucionales. Como se mencionó, si la Constitución establece que son arbitrables las materias transigibles y la Ley prevé expresamente esta posibilidad, entonces necesariamente son arbitrables las obligaciones tributarias.

Cuando el sentido de la ley es claro, se debe recurrir a su significado literal. El significado literal puede ser entendido en diversos sentidos, entre ellos: aquel que se desprende *prima facie* de la disposición; el significado de un enunciado de acuerdo con las "reglas sintácticas y semánticas del idioma"; y el argumento *a contrario*.[52] Ninguna de estas formas de argumentación nos permite determinar si es posible o no someter obligaciones tributarias a arbitraje; por ello, corresponde ahora "recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma".[53]

48 Ibid.
49 Ricardo Guastini, *Interpretar y Argumentar* (Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018), 329.
50 Ibid.
51 Ver Ibid., 330-353.
52 Poggi, "Significado Literal," 620.
53 Artículo 18, CC.

2.3.2. Interpretación teleológica

Este método de interpretación "consiste en atribuir significado a una [disposición] (…) atendiendo a la finalidad del precepto"; es decir, se argumenta apelando a los "fines", "propósitos" u "objetivos racionales" de la ley.[54] En la exposición de motivos de la Ley de Sostenibilidad Fiscal (en adelante Exposición de Motivos) se encuentra claramente manifestada la intención de la Ley. Esta tiene como contexto la crisis económica agravada por la pandemia del Covid-19. Debido a esto, el Producto Interno Bruto "se contrajo 7.8% en términos reales"; el mercado laboral sufrió una regresión a tal nivel que más de "687 mil empleos adecuados" se perdieron; el precio del petróleo se encontró en niveles similares a los de la crisis de 2008-2009, entre otros agravantes.[55] Adicionalmente, la nueva Administración "heredó" un "déficit fiscal de 7 mil millones de dólares" que se ha venido acumulando desde 2009; y, en consecuencia, llevó a "la deuda pública desde aproximadamente 10 mil millones de dólares en 2009 a 63 mil millones de dólares en 2021".[56] Uno de los objetivos de la ley, por lo tanto, es la recaudación tributaria para cubrir parte de la necesidad de financiamiento que tiene el Estado.

Para el presente artículo, son pertinentes los motivos que se mencionan para las "[r]eformas necesarias al Código Tributario", que comprenden la "seguridad jurídica y métodos alternativos de solución de conflictos", presentes en la sección III, literal b, de la Exposición de Motivos.[57] La principal razón para el establecimiento de mecanismos alternativos es "poder acelerar la recaudación", ya que, si se espera a un sistema judicial "saturado", sus decisiones "puede[n] demorar décadas", lo que implica que el deudor podría caer en insolvencia.[58] Así, es necesario el establecimiento de mecanismos alternativos como la mediación e, incluso, "la posibilidad de **derivar ciertos conflictos a arbitraje**" (énfasis añadido).[59] Es decir, la finalidad de la Ley, al establecer la transacción de obligaciones tributarias, fue posibilitar el desarrollo de mecanismos alternativos a la justicia ordinaria, entre los que se encuentra el arbitraje. Incluso, si uno de los objetivos de la Ley es posibilitar la recaudación anticipada, dada la lentitud y saturación del sistema judicial, el arbitraje se presenta como una alternativa más eficiente.

Muchas críticas se han hecho a la búsqueda de razones, objetivos o finalidades de la ley o del legislador;[60] sin embargo, al menos para el presente análisis, una gran parte de estas no tienen asidero alguno. Para encontrar la intención

54 Anchondo Paredes, "Métodos de Interpretación Jurídica," 48-49.
55 Exposición de Motivos, Ley de Sostenibilidad Fiscal, 6.
56 Id.
57 Id., 10.
58 Id.
59 Id.
60 Ver, Guastini, *Interpretar y Argumentar*, 331-337.

de esta Ley no se ha apelado a la voluntad de un legislador, ni mucho menos se han presumido razones o motivos que encubren algún interés personal: el objetivo o finalidad de la Ley se lo ha encontrado expresamente en su Exposición de Motivos.

2.3.3. Interpretación histórica

Además de la interpretación teleológica, las reglas del Código Civil relativas a la interpretación de la ley permiten apelar a la "historia fidedigna de su establecimiento" cuando el sentido literal no es claro. Este método "estudia los contextos anteriores que puedan influir en el entendimiento actual de las normas".[61] Para Claro Solar, la interpretación histórica "tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley, para precisar el cambio introducido en la legislación por la ley interpretada".[62] Así, se desprenden los siguientes elementos de este tipo de argumentación: por un lado, los contextos sociales, políticos y económicos que anteceden a la ley; y por otro, el desarrollo histórico del cambio que se ha implementado en la ley por interpretar.

La regla cuarta del artículo 18 del Código Civil prevé que se puede utilizar el contexto de la ley "para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".[63] Como ya se mencionó en el punto precedente, la Ley de Sostenibilidad Fiscal nace dentro de un período de crisis económica en el Ecuador. Por ello, ante la necesidad de obtener financiamiento inmediato, la Ley establece la transigibilidad en determinadas obligaciones tributarias y, con ello, abre la puerta a mecanismos alternativos a la resolución de conflictos. En armonía con el contexto de la Ley, el arbitraje es una alternativa para lograr la recaudación anticipada.

Por otro lado, la posibilidad de arbitrar esta materia ha sufrido diversos cambios en los últimos años. En el 2010, el COPCI prohibió la posibilidad de someter a arbitraje "los asuntos tributarios".[64] En el 2018, la Ley de Fomento Productivo reformó el COPCI y, entre otras modificaciones, eliminó la prohibición.[65] Finalmente, el 29 de noviembre de 2021 se publicó la Ley de Sostenibilidad Fiscal que estableció la transigibilidad de obligaciones tributarias. Para muchos, la eliminación de la prohibición para arbitrar asuntos tributarios podría parecer la supresión de algo obvio: el arbitraje en esta materia solo puede ser permitido si es expresamente previsto por medio de una ley.[66] No obstante, un análisis histórico nos exige ubicarnos en la línea de tiempo

61 Anchondo Paredes, "Métodos de Interpretación Jurídica," 45.
62 Claro Solar, "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*," *121.*
63 Artículo 18, CC.
64 Artículo 27, ya derogado, COPCI.
65 Artículo 37, Ley de Fomento Productivo.
66 Ver, Sánchez, *Arbitraje en "Asuntos Tributarios"*, 42-43.

del ordenamiento ecuatoriano: en un tiempo T1, el arbitraje tributario estaba prohibido; en un tiempo T2, se eliminó la prohibición; y en un tiempo T3 se estableció expresamente el requisito constitucional para que sea considerada como arbitrable. En consecuencia, esta interpretación, en armonía con las ya usadas en las secciones anteriores, apunta hacia la posibilidad de arbitrar obligaciones tributarias.

2.4. Supuestos arbitrables en la Ley de Sostenibilidad Fiscal

Después de haber expuesto las razones por las que consideramos que la habilitación de la transacción para determinadas obligaciones tributarias las convierte en materia arbitrable, es oportuno observar qué obligaciones o actuaciones son susceptibles de transacción y, por tanto, de arbitraje. El Art. 56.1 del Código Tributario, introducido a través de la Ley, prescribe que "las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción de acuerdo con lo prescrito en la Sección 6ª del presente cuerpo legal".[67] De esta manera, se debe observar si las disposiciones de dicha sección, además de ser transigibles, son compatibles con el arbitraje. El Art. 56.2 del Código Tributario, incluido por la Ley de Sostenibilidad Fiscal, prescribe lo siguiente:

> Art. 56.2.- Qué puede ser materia del acuerdo transaccional.- **La transacción podrá versar sobre la determinación y recaudación de la obligación tributaria, sus intereses, recargos y multas, así como sobre los plazos y facilidades de pago de la obligación.** La transacción podrá involucrar el levantamiento de todas o parte de las medidas cautelares dictadas en contra del sujeto pasivo. La transacción podrá implicar que la administración tributaria o el sujeto pasivo realicen concesiones sobre aspectos fácticos de valoración incierta controvertidos durante la fase de determinación de la base imponible o dentro de procesos contenciosos. No se podrá transigir sobre el entendimiento o alcance general de conceptos jurídicos indeterminados en disputa, **más sí respecto a su aplicación al caso concreto en el que tal concepto debe ser aplicado**.
> No serán objeto de transacción las pretensiones que persigan la anulación total o parcial de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y circulares de carácter general emitidas por la Administración Tributaria (énfasis añadido).[68]

Además de estas disposiciones generales para celebrar un acuerdo transaccional respecto de obligaciones tributarias, la Ley de Sostenibilidad Fiscal determina dos tipos de transacción, una extraprocesal y otra intraprocesal. La segunda implica la existencia de un proceso iniciado ante el juez de lo contencioso tributario, por lo que, por cuestión de litispendencia, evidentemente no sería posible que la jurisdicción arbitral conozca la controversia. Entonces,

67 Art. 56.1, Ley de Sostenibilidad Fiscal.
68 Artículo 79, Ley de Sostenibilidad Fiscal.

debe observarse lo que esta Ley prescribe en particular para la procedencia de la transacción extraprocesal:

> Art. 56.7.- Procedencia de la transacción extraprocesal. - Las obligaciones tributarias y los actos administrativos emanados de las facultades de la administración tributaria, cuya impugnación en sede judicial no esté pendiente, **serán susceptibles de transacción extraprocesal** de acuerdo con los requisitos previstos en este parágrafo.
> La transacción extraprocesal procederá en los casos en los que, habiendo comenzado el proceso de determinación por parte del sujeto activo, **esta no hubiere concluido con un acto administrativo contentivo de una obligación de dar**, o incluso en la sustanciación de un reclamo administrativo. En este caso, se podrá transar sobre todos los aspectos previstos en el artículo 56.6 que define los aspectos transigibles en materia tributaria (énfasis añadido).[69]

En este primer caso, evidentemente un árbitro puede resolver los puntos litigiosos. En el proceso de determinación todavía no hay un acto administrativo de por medio, por lo cual este proceso puede ser observado por un árbitro. Su decisión versaría sobre los aspectos fácticos en disputa, respecto de actuaciones como órdenes de determinación, actas borrador, caducidad de la facultad determinadora y su interrupción. Posteriormente, la autoridad tributaria emitiría el respectivo acto administrativo de determinación.

> La transacción extraprocesal procederá también en casos de obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados que no hubiesen sido impugnados en sede judicial, **en cuyo caso podrá transar únicamente respecto de facilidades y plazos para el pago**, así como sobre la aplicación, modificación, suspensión o levantamiento de medidas cautelares (énfasis añadido).[70]

Este segundo caso implica ya la existencia de un acto administrativo de determinación tributaria. Sin embargo, la materia que es susceptible de transacción no es el acto en sí mismo, sino simplemente las facilidades y plazos para el pago. Por lo tanto, al no afectar las potestades de la autoridad determinadora, sino simplemente resolver sobre cuestiones anexas al ya existente acto administrativo, las pretensiones de los contribuyentes podrían ser conocidas por un tribunal arbitral.

> **La transacción procederá incluso si la obligación tributaria se encuentra en fase de ejecución coactiva**, hasta antes de verificarse el pago total, en cuyo caso no operará la suspensión de plazos y términos. En tal caso, la solicitud incluirá una declaración de compromiso de no enajenación o distracción de activos del sujeto pasivo que pudieren ser sujetos a la coactiva (énfasis añadido).[71]

---

69 Id.
70 Id.
71 Id.

Este tercer y último caso ocurre dentro de la fase de ejecución del acto administrativo de determinación. Si bien los árbitros tienen la facultad de juzgar, la potestad de ejecución de sus decisiones "corresponde, con carácter monopolístico, a la Jurisdicción estatal. Consecuencia directa de que la '*potestas*' corresponda a la Jurisdicción es que la ejecución del laudo sólo se pueda llevar a cabo por los órganos jurisdiccionales".[72] Debido a esto, por la naturaleza jurídica de la fase ejecución coactiva, esta no sería susceptible de ser conocida por la jurisdicción arbitral.

Los casos en que la Ley habilita la transacción no implican la impugnación de actos administrativos. El primero ocurre dentro del proceso de determinación, antes de que exista el acto administrativo que contiene una obligación de dar. El segundo ocurre una vez que ya existe un acto administrativo, pero en este caso solo se resolvería sobre los plazos y las facilidades de pago, dejando de lado cualquier pretensión que verse sobre la impugnación o la revisión de la legalidad. El tercero implica una fase de ejecución sobre la cual, generalmente, un árbitro no tiene jurisdicción. Por lo tanto, en los primeros dos supuestos, procede el arbitraje tributario, con la respectiva autorización de la Procuraduría General del Estado, de ser el caso.

3. Conclusión

La arbitrabilidad objetiva consiste en las materias que pueden ser conocidas por la jurisdicción arbitral. La legislación ecuatoriana determina que son las materias transigibles las susceptibles de arbitraje. A través de una visión sistemática se puede concluir que, la habilitación expresa de la transigibilidad de las obligaciones tributarias contenida en la nueva Ley de Sostenibilidad Fiscal permite, en determinados supuestos, que estas sean también susceptibles de ser conocidas por árbitros.

Si bien la transigibilidad no aplica de la misma manera para el derecho privado y el derecho público, un mandato legal que permita transigir estas obligaciones otorga la facultad a las entidades públicas de resolver mediante arbitraje ciertos conflictos. A través de una interpretación literal no se puede concluir de manera determinante la arbitrabilidad de estas obligaciones. Al establecer la transacción en esta materia, la razón, contexto e historia de la institución que regula esta Ley claramente manifestadas apuntan hacia la posibilidad de acudir a métodos alternativos de solución de controversias, entre ellos, el arbitraje. Finalmente, los supuestos en los que la ley habilita el arbitraje, no tienen de por medio la impugnación de los actos administrativos de determinación, para lo cual tienen la respectiva competencia tanto la Administración como

72 Rosa Arrom Loscos, "La ejecución forzosa del laudo arbitral". *Cuadernos de la Facultad de Derecho* 18, (1992): 73-74, https://raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/view/175564.

los tribunales de lo contencioso tributario. Por lo tanto, no hay un límite de orden público para la arbitrabilidad de los supuestos que contiene la Ley.

Como se expuso, debido a la brecha fiscal y la crisis económica que atraviesa Ecuador, se ha permitido la transacción para conflictos respecto de ciertas obligaciones tributarias entre el Estado y los contribuyentes. De la mano con esta idea, el arbitraje en esta materia es sin duda una herramienta eficaz para agilizar la recaudación y resolver conflictos de manera célere, además de aliviar la cantidad de controversias que hoy en día conocen los tribunales de lo contencioso tributario.

USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



El efecto de la sucesión en el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos

The effect of the causa mortis succession on the profit tax from disposal of urban real estate

Mariela Sara Camacho Baquero*

Recibido / Received: 20/01/2022
Aceptado / Accepted: 18/05/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2568

Citación:
Camacho Baquero, M.S. «El efecto de la sucesión en el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1,* julio de 2022, pp. 181-206, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2568

* Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: marielacamacho1999@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-3889-5383

Resumen

Este ensayo parte de la hipótesis de que, a consecuencia de la sucesión por causa de muerte, el heredero adquiere un inmueble urbano que a su vez lo enajena y genera una utilidad. Así, se busca responder la siguiente interrogante ¿cómo repercute la sucesión por causa de muerte en la configuración del sujeto pasivo, el hecho generador y las deducciones del impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos? Para este fin, se analiza el régimen jurídico aplicable para el derecho sucesorio y tributario. De esta forma se concluye que, contrario a lo resuelto por la Dirección Metropolitana Tributaria del Distrito Metropolitano de Quito, el heredero es sucesor de la personalidad jurídica del causante, entonces adquiere los derechos y obligaciones transmisibles. En consecuencia, es el sujeto pasivo del impuesto a la utilidad y tiene derecho a deducir los mismos valores que hubiese podido deducir el difunto.

Palabras clave

Impuesto a la utilidad; sujeto pasivo; deducciones; base imponible; sucesión

Abstract

This essay is based on a hypothesis where, as a result of a causa mortis succession, a heir acquires an urban real estate, disposes of it, and obtains profits therefrom. It seeks to answer on how does causa mortis have an impact on the configuration of the taxpayer, taxable income and deductions on the tax on profits from disposal or urban real estate? To this end, the applicable legal framework including probate law and tax law was analyzed. It was thus concluded that, contrary to the resolution issued by Quito's Metropolitan District Tax Office, a heir is a successor to the testator's legal personality. As a result, the heir acquires all transmissible rights and obligations. In consequence, the heir becomes the taxpayer for the tax on profits and is entitled to the same deductions as the deceased would have been entitled to.

Keywords

Profit tax; taxpayer; deductions; taxable income; succession

1. Introducción

Los impuestos son una especie de tributo no vinculado, en el cual el sujeto se ve obligado a realizar una prestación, generalmente monetaria, cuya finalidad es financiar un gasto público sin recibir a cambio una prestación o una actividad específica del Estado. Por ello, los impuestos únicamente se dirigen a gravar un indicativo de la capacidad contributiva que denota la riqueza del sujeto obligado a pagar. Si bien los impuestos gravan una variedad de actos o bienes, este trabajo se referirá de modo particular al impuesto municipal que grava la utilidad en la transferencia de predios urbanos y plusvalía.[1]

La doctrina ha considerado necesaria la concurrencia de cinco elementos para la configuración de la obligación tributaria, a saber: a.- sujeto activo; b.- sujeto pasivo; c.- hecho generador; d.- base imponible; y e.- tarifa. Los elementos que forman parte del régimen del impuesto a la utilidad en la transferencia de inmuebles ubicados en zona urbana son, por un lado, el Gobierno Autónomo Descentralizado[2] en el que se encuentre situado el predio urbano que se enajene, que tiene la condición de sujeto activo, mientras que el sujeto pasivo es el propietario del inmueble que, como producto de la venta, obtiene la utilidad imponible. El hecho generador de este impuesto es la venta del bien raíz que pone de manifiesto una utilidad. Finalmente, para calcular el valor de la base imponible de este impuesto, se deben restar del precio determinado en el contrato de compraventa o del avalúo catastral, las deducciones establecidas en la ley.

Este trabajo parte de la hipótesis de que –producto de la sucesión por causa de muerte– el heredero adquiere un inmueble urbano, a su vez lo enajena, y como resultado se genera una utilidad, que es la materia imponible del impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos. Para esto es necesario estudiar, en un primer momento, la sucesión por causa de muerte bajo el derecho civil, así como comprender el régimen impositivo aplicable al impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos. De esta forma, tras realizar un análisis que conjugue el derecho sucesorio y el tributario, se buscará responder a la siguiente pregunta: ¿cómo repercute la sucesión por causa de muerte en la configuración del sujeto pasivo, el hecho generador y las deducciones del impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos?

Frente a este panorama, existen dos posturas. La primera aboga por entender que el heredero es un sucesor de la personalidad jurídica del causante, adquiriendo para sí todos los derechos y obligaciones transmisibles que este tenía.

1 Pese a que este trabajo reconoce la diferencia semántica que existe entre la utilidad y plusvalía, esta es ajena al problema jurídico planteado. Sin embargo, con un fin de simplificación, a lo largo del trabajo, se referirá a únicamente a la utilidad ya que se entiende que la plusvalía forma parte de esta.

2 Este trabajo considera que, por efectos prácticos, se entiende que el término "Gobierno(s) Autónomo(s) Descentralizado(s) se refiere también a las municipalidades.

Por ende, al ser el propietario del inmueble, se convierte en el sujeto pasivo del impuesto a la utilidad y tiene derecho a deducir los mismos valores que hubiese podido deducir el difunto. Por el contrario, la segunda postura establece que, si bien el heredero es el sujeto pasivo del impuesto a la utilidad, éste no tiene derecho a las mismas deducciones a las que hubiere lugar si el causante fuera considerado el obligado a cumplir el pago de la obligación tributaria.

Adoptar la segunda posición —que ha sido aplicada por la Dirección Metropolitana Tributaria del Distrito Metropolitano de Quito (en adelante Dirección Tributaria)— genera un problema serio, pues, por un lado se ignoran las consecuencias jurídicas que produce la sucesión *mortis causa* y por ende, se excluye la relación que existe entre las ramas del derecho sucesorio y el derecho tributario; y por otro, revela el desconocimiento del sistema de título y modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico para la adquisición del dominio.

En cuanto a la metodología, el presente trabajo emplea un acercamiento de carácter deductivo, por lo que el análisis propuesto reviste una relevancia tanto a nivel doctrinario como práctico. En primer lugar, a partir de la respuesta que se dé al cuestionamiento planteado, se permitirá establecer y comprender a cabalidad los derechos que adquiere un sucesor sobre los bienes heredados o legados. En segundo lugar, permitirá esclarecer la forma de cálculo y, por lo tanto, cuál debería ser la cuantía del impuesto a la utilidad que —correctamente— deba pagar el sujeto pasivo del tributo.

2. Marco normativo

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no contiene un régimen definido respecto de la repercusión que genera la sucesión por causa de muerte en el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos y plusvalía. Así, para analizar el problema jurídico planteado, es necesario revisar brevemente la regulación normativa que aplica tanto al derecho sucesorio como al tributario.

2.1. Las consecuencias de la sucesión *mortis causa*

A continuación, se abordarán las principales prescripciones contenidas en el Código Civil (en adelante CC) con relación a esta institución jurídica. El CC ecuatoriano regula a la sucesión *mortis causa* como un modo de adquirir el dominio.[3] El CC prescribe que “se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en los bienes de ésta”.[4]

3 Artículo 603, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez en R.O. Quinto Suplemento 561, de 19 de octubre de 2021.

4 Artículo 995, CC.

Las formas de suceder pueden ser de dos tipos: a.- a título universal; o b.- a título singular.[5] Normativa y doctrinariamente se ha conceptualizado a la sucesión a título universal como aquella a través de la cual se suceden todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante; por otro lado, la sucesión a título singular es aquella que tiene como propósito transmitir un cuerpo cierto o una especie indeterminada de un género.[6] Por lo anterior, los únicos que pueden beneficiarse de la sucesión por causa de muerte de una herencia 'título universal' o legado 'título singular', son el heredero o legatario, respectivamente.[7]

De conformidad con el artículo 997 del CC, la sucesión se abre a partir de la muerte del causante; sin embargo, es la delación la que permite que el asignatario acepte o repudie la herencia y, como consecuencia, el acto que habilita para que se traspasen los derechos y obligaciones al sucesor.[8] A este trabajo le concierne únicamente la hipótesis de aceptación de la herencia, la cual, puede ser de dos tipos: a.- expresa; o b.- tácita.[9] Con independencia del tipo de aceptación, una vez que esta se manifiesta, el heredero o legatario, según el caso, adquiere el dominio de los bienes dejados, en calidad de propietario.

2.2. El régimen jurídico del impuesto a la utilidad

Por mandato constitucional, la potestad de creación de tributos puede ser nacional, la cual recae sobre la Asamblea Nacional, o seccional, que compete a los Gobiernos Autónomos Descentralizados.[10] Esto, sin perjuicio de la posibilidad de que exista una administración tributaria de excepción como ocurre en otras entidades que tienen esta facultad respecto de tasas y contribuciones especiales de mejoras.[11]

El Código Tributario establece que los tributos pueden ser de tres clases: a.- impuestos; b.- tasas; o c.- contribuciones especiales.[12] Respecto de la primera clase, la Constitución de la República del Ecuador prescribe que solo por iniciativa del poder ejecutivo y mediante ley se pueden establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos.[13] En consecuencia, el tributo en análisis es por su naturaleza un impuesto.

5 Artículo 993, CC.
6 Alejandro Ponce Martínez. *Apuntes para el estudio del libro III del Código Civil* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 29. Artículo 1125, CC.
7 Artículo 996, CC.
8 Artículo 998, CC. Por estar fuera del problema planteado, este trabajo no abordará la hipótesis sobre el repudio de la herencia.
9 Artículo 1264, CC.
10 Artículo 186, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización [COOTAD], R.O. Suplemento 303, de 19 de octubre de 2010, reformado por última vez en R.O. 561, 19 de octubre de 2021.
11 Artículos 120.7 y 264.5, Constitución de la República del Ecuador R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. 337, 25 de enero de 2021.
12 Artículo 1, Código Tributario, R.O. Suplemento 38, de 14 de junio de 2005, reformado por última vez en R.O. Suplemento 111, de 31 de diciembre de 2019.
13 Artículo 301, Constitución de la República del Ecuador.

Fue el legislador quien, a través del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD) creó el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos y plusvalía. Así, en el artículo 556 del COOTAD "[s]e establece el impuesto del diez por ciento […] sobre las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos, porcentaje que se podrá modificar mediante ordenanza".[14]

Al ser catalogado como un impuesto municipal, su regulación es seccional y la potestad tributaria de aplicación corresponde a los Gobiernos Autónomos Descentralizados.[15] En cuanto a las facultades de la administración tributaria, la facultad reglamentaria del impuesto a la utilidad es excepcional al ser un impuesto municipal.[16] Asimismo, las facultades determinadora, recaudadora, sancionadora y resolutiva; las ejerce el Gobierno Autónomo Descentralizado en el que se encuentren situados los predios urbanos que se enajenen.

Para el caso de estudio, se analizará este impuesto en el Distrito Metropolitano de Quito, bajo los términos de la Ordenanza Municipal número uno, contenida en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante Código Municipal) específicamente en el capítulo VII. Posteriormente, en virtud de lo establecido en el COOTAD, se revisarán las resoluciones expedidas por la Dirección Tributaria respecto al impuesto en análisis, así como también la jurisprudencia existente.

3. Estado del arte

A continuación, se hará evidente la poca investigación que existe sobre el problema jurídico planteado. Para ello se realizará un recorrido sobre la visión civilista respecto de la sucesión por causa de muerte y la perspectiva tributaria general que permitirá aterrizar en el régimen tributario municipal.

3.1. Una visión civilista sobre la sucesión *mortis causa*

Luis Claro Solar considera que la sucesión por causa de muerte tiene como propósito la transmisión del patrimonio del causante ya sea en su totalidad, en una cuota o una cosa especificada, en beneficio de una persona singularizada[17]. Desde una perspectiva jurídica, en los términos de Luis Díez-Picazo

14 Artículo 556, COOTAD.
15 Artículos 7, 8 y 65, Código Tributario.
16 Id.,7 y 8.
17 Luis Claro Solar, Tomo XIII, en *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado,* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 11.

y Antonio Gullón, el patrimonio constituye "el complejo o conjunto de relaciones jurídicas valuables en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente".[18]

Es evidente que la doctrina ha establecido que el principal propósito que tiene esta institución jurídica es que "la relación jurídica en que se sucede continúa siendo la misma; ocurre simplemente que un sujeto ocupa el lugar del anterior".[19] En esta misma línea, Carrión Eguiguren afirma "[e]n el sistema del código, la sucesión por causa de muerte implica subrogación personal. El sucesor se pone en el lugar del antecesor, lo representa, hace sus veces y le sucede en todos sus derechos y obligaciones transmisibles".[20]

La sucesión por causa de muerte no opera *ipso facto* pues surte efectos jurídicos —según lo reconoce la jurisprudencia ecuatoriana y la doctrina— con la aceptación de la herencia que puede ser a.- tácita; o b.- expresa. Tras la aceptación, el asignatario está facultado a vender, donar o transferir y, en general, a traspasar el dominio de los bienes sucesivos a los cuales tiene derecho mediante cualquier modo.[21] Asimismo, la doctrina ha establecido que las consecuencias jurídicas del derecho de aceptación de la herencia implican que los herederos adquieren no únicamente el derecho de dominio, sino todas las cargas, derechos y facultades intrínsecas a la propiedad que el causante tenía tanto sobre su activo como su pasivo, dando lugar a la continuidad de la personalidad jurídica del causante.[22]

3.2. La perspectiva tributaria del impuesto a la utilidad

Previo a conocer lo que se ha establecido acerca del impuesto a la utilidad, es necesario partir de ciertas nociones generales sobre el derecho tributario. La relación jurídico-tributaria tiene como efecto que se vincule a la administración y a los particulares para que, como resultado, se configure la obligación tributaria. Sotelo considera que, con ocasión de la relación jurídica tributaria se manifiesta el vínculo obligacional entre el sujeto activo y el sujeto pasivo[23] siendo el segundo, también llamado deudor principal, la persona sobre la cual recae el cumplimiento de la prestación.[24] Benítez establece que la obligación tributaria tiene dos elementos esenciales "1. [l]a existencia del vínculo jurídico

18 Luis Díez–Picazo y Antonio Gullón, "Volumen 1", en *Sistema de Derecho Civil*, (Madrid: Tecnos, 2001), 388.
19 Manuel de la Cámara Álvarez, "Compendio de derecho sucesorio", en Capítulo 1 (España: Wolters Kluwer, 2011), 1.
20 Eduardo Carrión Eguiguren, *Compendio de Derecho Sucesorio* (Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1991), 11.
21 Juan Miranda Santos c. María Castro Mayorga, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de febrero de 2005, pág. 112.
22 Alfonso Castro Sáenz "Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano", *EUS Editorial Universidad de Sevilla* 94 (2002), 43.
23 Eduardo Sotelo Castañeda "Sujeción pasiva en la obligación tributaria", *Derecho y Sociedad: revista pontificia universidad católica del Perú 15* (2000), 202.
24 Artículo 88, Código Tributario.

personal entre el sujeto activo y sujeto pasivo del tributo; y 2. [o]bligatoriedad de satisfacer una prestación siempre y cuando, se configure el hecho generador previsto legalmente”.[25]

El impuesto es una de las especies del tributo y según Volman y Leicach, quienes citan a Pérez de Ayala y Eusebio González, este consiste en “una prestación coactiva, habitualmente pecuniaria, que un ente público tiene derecho a exigir de personas llamadas por la ley a satisfacerla, cuando realizan determinados presupuestos reveladores de capacidad económica para contribuir al sostenimiento del gasto público”.[26] Esta definición es compatible con una perspectiva financiera, ya que la recaudación del impuesto es la que permite financiar los servicios públicos generales indivisibles, así como las obras públicas.[27]

Debido al ámbito de aplicación y al tipo de tributo en análisis, cabe referirse al derecho tributario municipal, el cual es entendido como “un conjunto de normas jurídicas de orden público que disciplinan el tributo de beneficio municipal […], así como las relaciones y las situaciones que generan tanto su creación como aplicación o gestión”.[28] Por lo expuesto, el impuesto a la utilidad o plusvalía en la transferencia de predios urbanos es un impuesto municipal.

El COOTAD denomina al impuesto objeto de este estudio como “impuesto a las utilidades en la transferencia de predios urbanos y plusvalía de los mismos”. Este impuesto grava dos hechos: a.- utilidad; y b.- plusvalía. Con independencia de las similitudes y diferencias de ambos términos, autores como Mogrovejo y Montaño opinan que “la plusvalía está incluida y se funde implícitamente como materia gravable en la utilidad generada”.[29] Entonces, al gravar la utilidad producto de la transferencia, Marco Aguirre reconoce que este impuesto también recae sobre las transferencias de dominio en las cuales el bien raíz, objeto de transferencia, haya sido adquirido mediante herencia, legado o donación.[30]

El COOTAD y el Código Municipal establecen los elementos constitutivos del impuesto a la utilidad, por lo que la doctrina solo ha sido descriptiva al momento de referirse a ellos sin profundizarlos o analizar su aplicación en diversas hipótesis. El hecho generador de este impuesto es la venta de predios

25 Mayté Benítez Chiriboga, *Manual Tributario* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 29.
26 Mario Volman, Jorge Leicach y otros, *Régimen Tributario Parte A Derecho Financiero y Tributario* (Buenos Aires: La Ley, 2005), 58-59.
27 José Vicente Troya Jaramillo y Carmen Amalia Simone Lasso, *Manual de derecho tributario* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2013), 17.
28 Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo y César Montaño Galarza, *Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano: fundamentos y práctica* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 26.
29 Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo y César Montaño Galarza, *Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano fundamentos y práctica*, 133.
30 Marco Aguirre Apolo, *Manual de Derecho Tributario Municipal* (Quito: Trama, 1994), 59.

ubicados en zona urbana que produzca utilidad. La utilidad se manifiesta a través de la base imponible, la cual implica una fórmula de cálculo respecto de la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de venta, menos las deducciones a las que hubiere lugar.

Como se mencionó al inicio de este epígrafe, no existen pronunciamientos doctrinarios sobre el problema jurídico planteado, que consiste en el efecto de la sucesión por causa de muerte en la configuración del sujeto pasivo, base imponible y deducciones del impuesto a la utilidad. En consecuencia, este trabajo pretende desarrollar un tema de novedad que aportará a este objeto de estudio.

4. Una aproximación teórica sobre la materia

El desarrollo de la normativa tributaria municipal con respecto al efecto que produce la sucesión *mortis causa* en el sujeto pasivo, base imponible y deducciones del impuesto a la utilidad, es nulo. *Ergo*, es necesario recurrir tanto al derecho civil como al derecho tributario, específicamente el municipal, para que a través de un ejercicio deductivo se pueda arribar a una posible respuesta frente a los vacíos normativos de este impuesto cuando el predio a ser transferido fue adquirido a través de sucesión por causa de muerte.

El CC regula la sucesión *mortis causa* y establece las formas y requisitos que deben concurrir para que se configure la transmisión del patrimonio en favor del heredero o legatario. La sucesión puede ser testamentaria, intestada o abintestato.[31] Como consecuencia de la muerte se abre la sucesión por regla general, y a su vez se produce la delación. Al momento de la aceptación de la herencia, se configura la subrogación personal entre el difunto y el heredero. Por lo que la claridad sobre la sucesión *mortis causa* como modo de adquirir el dominio, no da lugar a confusión sobre los derechos y obligaciones que tiene el heredero respecto del patrimonio del causante.

4.1. La autonomía del derecho tributario

En cuanto a la materia tributaria se debe partir de la única teoría, en opinión de la autora del presente trabajo, de que sirve como punto de partida para resolver el cuestionamiento planteado: la autonomía del derecho financiero-tributario. Debido a la diversidad de relaciones jurídicas que se ven inmersas, el Derecho Financiero no constituye "un sistema orgánico de relaciones homogéneas, sino un conglomerado de relaciones de diversa naturaleza, cuyo único

31 Artículo 995, CC. Por estar fuera del problema planteado, este trabajo no abordará el análisis respecto de los tipos de sucesión.

elemento común consiste en referirse materialmente a la múltiple actividad que el Estado desarrolla en el campo financiero".[32]

La característica predominante del sistema tributario es que en función de esta autonomía existe una coherencia interna que ocasiona que los tributos se originen del mismo fundamento con la finalidad de lograr un sistema justo.[33] Como corolario de la autonomía del derecho tributario, surge la teoría de la relación jurídica tributaria. La misma establece que "el Estado es igual a los particulares y como ellos también está sometido a la ley […]".[34] Por lo que, entre el Estado y el contribuyente no media una relación de poder, haciendo que ambos tengan equidad en derechos y obligaciones.

La relación jurídica tributaria sustancial, también conocida como obligación tributaria, contiene cinco elementos. El primero, es el sujeto activo que generalmente es el Estado a título propio, pero también puede serlo a través de entes territoriales como lo es el municipio a título derivado.[35] El segundo, es el sujeto pasivo que es la persona que debe cumplir con la prestación legal.[36] El tercer elemento, tiene una manifestación objetiva y es el hecho generador o imponible y consiste en un "presupuesto de hecho […] que al realizarse produce el nacimiento de la obligación tributaria".[37] El cuarto es la base imponible, y si bien es difícil encontrar un concepto doctrinario, esta se traduce en la cantidad de dinero que hay que pagar para extinguir la obligación.[38] El quinto elemento es la tarifa, la cual es posterior a la base imponible y es una magnitud establecida por ley que a consecuencia de su aplicación determina la cuantía.[39]

4.2. La naturaleza del impuesto a la utilidad

El tributo por excelencia es el impuesto. La doctrina ha sido unánime en establecer que sus principales características son: a.- unilateralidad; b.- obligatoriedad; c.- *ex lege*; y d.- prestación que, por lo general, se paga en dinero. Es claro que el tributo que grava las utilidades ocasionadas por la transferencia de predios urbanos es un impuesto ya que así lo prescribe el COOTAD y el Código Municipal.

32 César García Novoa, *El concepto de tributo* (Lima: Tax Editor, 2009), 59.

33 María Alejandra Mora Muñoz y José Luis Villarreal "Percepciones fiscales de los contribuyentes a la luz de las Teorías de las Relaciones Tributarias", *Revista Academia & Derecho 11* (2020), 3.

34 María Mora y José Luis Villarreal "Percepciones fiscales de los contribuyentes a la luz de las Teorías de las Relaciones Tributarias", 13.

35 Álvaro Leyva Zambrano, Alberto Múnera Cabas, Alfonso de la Torre, Derecho Tributario, ed. Segunda Actualizada (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999), 432-444.

36 *Ibid*., 434.

37 *Ibid*., 424.

38 *Ibid*., 441.

39 Álvaro Leyva Zambrano, Alberto Múnera Cabas, Alfonso de la Torre, Derecho Tributario, 444.

Este es un impuesto directo ya que es una manifestación inmediata de la riqueza o del "acrecimiento patrimonial'". El gravamen lo sufre el contribuyente[40] y recae sobre el patrimonio que posee el tradente, el mismo que es el heredero en su calidad de propietario. De igual forma, es un impuesto real porque grava una manifestación aislada de riqueza que es concebida y analizada sin considerarla en relación a determinada persona.[41] Este carácter se da en virtud de que es aquel que "grava[n] al suelo, a los edificios, a la industria, al capital".[42] Es evidente que el objeto imponible es la utilidad que genera el inmueble urbano, con total independencia del beneficiario que es el propietario del bien.

Tanto el COOTAD como el Código Municipal prescriben los elementos constitutivos del impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos:

a.- Sujeto activo: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.[43]
b.- Tarifa: diez por ciento sobre la base imponible. Sin embargo, existen dos excepciones a la tarifa general, aplicables desde el 2006. La primera, consiste en el cero punto cinco por ciento y aplica a personas naturales y jurídicas cuyo giro de negocio no sea inmobiliario o de construcción. La segunda, es el cuatro por ciento cuando la transferencia sea realizada por personas naturales o jurídicas cuyo giro de negocio sea inmobiliario o de construcción.[44]
c.- Hecho generador: consiste en la venta de bienes inmuebles, situados en zonas urbanas, en las que se ponga de manifiesto una utilidad o plusvalía.[45]
d.- Sujeto pasivo: el propietario del bien inmueble que vendiere obteniendo una utilidad imponible y por consiguiente real.[46]
e.- Base imponible: es la utilidad y/o plusvalía que se pone de manifiesto cuando se produce el hecho generador.[47] Como se mencionó anteriormente, existe una distinción semántica entre utilidad y plusvalía, a efectos de este trabajo se considera a utilidad como el género que abarca la plusvalía. La forma de cálculo para obtener la base imponible es la siguiente:[48]

40 José Vicente Troya Jaramillo y Carmen Amalia Simone Lasso, *Manual de derecho tributario*, 25-26.
41 Felipe Iturralde Dávalos, *Manual de tributación municipal* (Quito: Trama, 1998), 15.
42 Felipe Iturralde Dávalos, *Manual de tributación municipal*, 15.
43 Artículo 1461, Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, Ordenanza Municipal 1, [Código Municipal] Concejo Municipal de Quito Registro Oficial 226 de 31 de diciembre de 1997.
44 Artículo 1465, Código Municipal.
45 Artículo 1460, Código Municipal.
46 Artículo 1462, Código Municipal. Artículo 558, COOTAD.
47 Artículo 1460, Código Municipal.
48 La base imponible es el resultado de la diferencia entre el mayor valor entre el valor catastral o valor de venta, menos: 1.- Contribuciones especiales de mejoras y concesión onerosa de derechos, 2.- Avalúo en la época de adquisición, 3.- Cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año transcurrido desde la adquisición hasta la venta, 4.-Desvalorización de la moneda según el Banco Central.

Gráfico No. 1. Forma de cálculo para la base imponible del impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbano

Base imponible	=	**Valor Catastral** o **Valor de Venta**	-	• Contribuciones especiales de mejoras / Concesión onerosa de derechos • Valor de adquisición • Cinco por ciento de las utilidades líquidas desde la adquisición hasta la venta • Desvalorización de la moneda

Fuente: Elaboración propia a partir del Código Municipal.[49]

5. El verdadero rol del heredero en el impuesto a la utilidad

La obligación de pagar tributos está prevista en la ley en forma abstracta, impersonal y condicionada a la manifestación de un presupuesto de hecho, denominado hecho generador. Este presupuesto de hecho en el impuesto a la utilidad consiste en la transferencia de un inmueble urbano que ocasiona utilidad. Evidentemente, el beneficiario de la utilidad es el sujeto pasivo del impuesto quien es el deudor de la obligación y, por lo tanto, el llamado a cumplir el pago. En la hipótesis planteada en este trabajo este sujeto es el heredero.

5.1. El propietario del patrimonio heredado

Para lograr una comprensión integral acerca de la titularidad del heredero respecto del patrimonio heredado, es necesario determinar los derechos y obligaciones a los que accede, con independencia de su calidad de heredero. En consecuencia, se debe analizar el trasfondo de la obtención de la titularidad.

La calidad de dueño viene dada en función del dominio, el cual es un derecho real que faculta a su propietario el uso, goce y disposición de la cosa.[50] Uno de los modos de adquirirlo es a través la sucesión por causa de muerte.[51] Al producirse la muerte, el CC establece que se abre la sucesión ocasionando que el heredero pueda ejercer el derecho real de herencia. Es aquí cuando surge la delación, momento en el cual el heredero manifiesta expresa o tácitamente la aceptación de la herencia.

49 Artículos 1460, 1461, 1462 y 1465, Código Municipal.
50 Artículos 595 y 599, CC.
51 Artículo 603, CC.

En consecuencia, el sucesor adquiere para sí el dominio del caudal hereditario que le corresponde ostentando todas las facultades de dominio sobre el patrimonio del causante, en otras palabras, subroga la personalidad jurídica de este. Según Cabanellas, subrogar es "sustituir una persona a otra en sus derechos y obligaciones".[52] Tanto la aceptación expresa como tácita de la herencia están sometidas a un régimen impositivo por lo que es intrascendente para este trabajo la forma en la cual se vio manifestada la aceptación.

Es importante traer a colación el régimen del impuesto a la renta de ingresos provenientes de herencias, legados y donaciones para comprender cómo se consolida la titularidad de propietario del heredero. El hecho generador del impuesto a la renta de ingresos provenientes de herencias, legados y donaciones es el acrecimiento patrimonial producto de la aceptación por parte del heredero al mediar la transmisión de bienes, derechos u obligaciones del difunto.[53] La doctrina ha reconocido que

> [t]anto en el caso de las donaciones como en el de las herencias el perfeccionamiento de la transmisión requiere de la aceptación por parte del donatario causa habiente [...]. Por consiguiente, tanto en las donaciones como las herencias se habrá de registrar, normalmente, un aumento en el neto patrimonial del sujeto beneficiario que es, justamente lo que pretendemos gravar.[54]

El heredero, como sujeto pasivo de este tributo, tiene la obligación de declarar ante el Servicio Nacional de Rentas Internas el incremento patrimonial, según corresponda. De ser aplicable, considerando la base imponible y la tarifa del impuesto a la renta de ingresos provenientes de herencias, legados y donaciones, puede generarse un valor que el heredero debe pagar a la administración tributaria. Sin perjuicio de que se genere un valor a cargo del sujeto pasivo, y pese a las normas del derecho civil que establecen cuándo y cómo el heredero se vuelve propietario de los bienes fruto de la sucesión, la declaración de este tributo es, en la práctica, la puerta de acceso a la titularidad de los bienes, derechos u obligaciones del causante. Así, el heredero es cuando menos un sucesor subrogado del causante debido a que ocupa su misma posición jurídica.

5.2. El heredero en calidad de contribuyente

Como se identificó en líneas anteriores, el COOTAD y el Código Municipal enlistan los elementos del impuesto a la utilidad. Sin embargo, es preciso ahondar en quiénes son considerados sujetos pasivos de este impuesto. El Código Tributario prescribe que el sujeto pasivo es "la persona natural o jurídica

52 Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, ed. 11a (Buenos Aires: Heliasta, 1993).

53 Artículo 36, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, R.O. Suplemento 463, de 17 de noviembre de 2004, reformado por última vez en R.O. Suplemento 486, de 2 de julio de 2021.

54 Benvenuto Griziotti. *Principios de Ciencia de las Finanzas*, ed. de Dino Jarach (Buenos Aires: Depalma, 1959), 173.

que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable".[55]

Según el ordenamiento jurídico los sujetos pasivos, se constituyen mediante obligación propia, en cuyo caso se denominan 'contribuyente', o ajena, recibiendo la calificación de 'responsable'. El primero, es el sujeto al cual la ley impone el pago de la obligación tributaria verificado el hecho generador. En tanto que el segundo, es quien, aunque no esté obligado de manera directa, tiene la responsabilidad de pagar el tributo por mandato legal. La distinción que media entre ambas figuras radica en que el contribuyente es el sujeto pasivo principal de la obligación tributaria al ser el titular de la capacidad contributiva que la ley busca gravar mientras que, la calidad de responsable viene dada por la vinculación cercana con el hecho imponible o con el contribuyente.[56]

En este trabajo se parte del supuesto en virtud del cual producto de la sucesión *mortis causa*, el heredero adquiere un inmueble urbano, con voluntad de enajenarlo y, tras su venta posterior, se genera utilidad. Estos actos configuran el hecho generador razón por la cual el sujeto pasivo, beneficiario de la utilidad, debe cumplir la obligación de pago. Son sujetos pasivos del impuesto a la utilidad, de conformidad con el artículo 558 del COOTAD, "los que como dueños de los predios, los vendieren y […] los adquirentes hasta el valor principal […] que no se hubiere pagado".[57]

En la hipótesis de la sucesión *mortis causa*, la aceptación del caudal hereditario ocasiona una sustitución en la persona, en consecuencia el heredero ocupa la posición del causante. Esta sustitución, de ninguna manera resta o elimina los derechos y obligaciones que el causante tenía sobre su patrimonio. Para reafirmar esta aseveración, es preciso plantear dos casos similares que se producen en el derecho societario. En primer lugar, la fusión por absorción y en segundo lugar la transferencia del establecimiento comercial.

La Ley de Compañías es categórica al establecer que –con ocasión de la fusión por absorción– media un traspaso en bloque del patrimonio social entre la sociedad absorbente y la absorbida.[58] Con independencia de que se pueda considerar al traspaso en bloque como otro modo de adquirir el dominio, Romero Parducci considera que el "traspaso en bloque por fusión […] no es otra cosa que el traspaso 'a título universal' de los patrimonios de las compañías fusionadas o absorbidas, como ocurre *mortis causa* con las herencias".[59] A

55 Artículo 24, Código Tributario.

56 Luis Hernández Berenguet "IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario", en Los sujetos pasivos responsables en materia tributaria (Perú: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2006), 43.

57 Artículo 558, COOTAD.

58 Artículo 338, Ley de Compañías, R.O. 312, de 5 de noviembre de 1999, reformado por última vez en R.O. 347, de 10 de diciembre de 2020.

59 Emilio Romero Parducci "¿Un nuevo modo de adquirir el dominio de las cosas?", en *Libro Homenaje al doctor Héctor*

criterio de este autor tanto en la herencia como en la fusión por absorción, el heredero en el primer caso, y la nueva sociedad en el segundo, son sucesores a título universal, es decir, pasan a ocupar el lugar jurídico del causante y de la compañía absorbida, respectivamente. Tan es así, que la compañía absorbida al disolverse debe informar a las autoridades competentes "el término de sus actividades, entendiendo que la persona no existirá más como tal y como contribuyente, siendo en lo sucesivo la continuadora legal la que desarrolle sus actividades en el futuro".[60]

El segundo caso es el de la transferencia del establecimiento de comercio, el cual es similar a la fusión por absorción en cuanto a su objetivo, pero con rasgos diferenciadores que no son relevantes para efectos de este trabajo. En este acto, también opera un traspaso en bloque que puede recaer tanto sobre activos como pasivos[61] en razón del cual se produce una subrogación entre el cedente y el cesionario.

En ambas situaciones planteadas, queda claro que las obligaciones, gravámenes y derechos —incluido el derecho a deducir— que recaen en los bienes objeto de traspaso, continúan en las mismas condiciones. Es indiferente que este fenómeno de sucesión sea por un lado por causa de muerte y por otro, *inter vivos* por lo que, cabe cuestionarse por qué no aplicaría el mismo régimen impositivo en la sucesión por causa de muerte. A criterio de la autora de este trabajo, en los tres escenarios existe una continuidad en la situación jurídica y, por ende, en la impositiva, y justamente en función del principio de seguridad jurídica, el régimen aplicable debe ser el mismo.

En su acepción amplia, la sucesión según el Diccionario de la Real Academia Española es "la sustitución de alguien en un lugar…".[62] A consecuencia de la sucesión por causa de muerte, los herederos son quienes dan continuidad a la personalidad jurídica del causante adquiriendo para sí todos los derechos, obligaciones y gravámenes que reposan sobre el caudal hereditario. *Ergo*, el inmueble urbano que pertenece a la masa hereditaria se transmite al heredero bajo las mismas condiciones en las que lo ostentaba el causante.

Entonces, al tener lugar la sucesión por causa de muerte, no existe propiamente alteración en el historial de dominio. En palabras de Simón Carrejo "[u]na vez fallecido el causante, debe haber ya sea por disposición legal, o disposición testamentaria una persona que ocupe el puesto, esta persona que recibe los bienes del difunto recibe el nombre de heredero, adquiriente, sucesor, causa-

---

Romero Parducci (Ecuador: Edino, 2002), 4.

60 Harry Ibaceta Rivera, "Efectos tributarios de las fusiones propias", *Revistas Universidad de Chile* (s/f), 4. *Ver*, Artículos 338 y 341, Ley de Compañías.

61 Artículo 375, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497, de 20 de mayo de 2019, reformado por última vez en R.O. Suplemento 497, de 10 de diciembre de 2020.

62 Real Academia Española [RAE], Diccionario de la lengua española, ed. 23a. Versión 23.4 en línea. https://dle.rae.es/sucesi%C3%B3n, 13 de octubre de 2021.

habiente".[63] Tan es así que, en la cédula catastral y certificado de gravámenes de los inmuebles que son transmitidos mediante sucesión *mortis causa*, la titularidad del predio se la denomina de la siguiente forma "Nombre del difunto y herederos". Por lo que es claro que otra persona en calidad de heredero da continuidad a la personalidad jurídica del causante.

6. La forma de cálculo del impuesto a la utilidad

Como se mencionó previamente, el heredero es el sujeto pasivo del impuesto a la utilidad y ostenta los mismos derechos y obligaciones que tendría el causante respecto del bien inmueble heredado. Por eso, al configurarse el hecho imponible de este impuesto, que es la utilidad generada por la transferencia de un predio urbano, el deudor 'heredero' de esta obligación tributaria debe cumplir con el pago. Para calcular el valor a pagar, es necesario tomar en cuenta a la base imponible, elemento que permite cuantificar dicha obligación tributaria, la base imponible.

Para poder establecer cuál es la utilidad neta a la cual debe aplicarse la tarifa de impuesto a la utilidad, es pertinente referirse de manera previa a los modos de adquirir el dominio que entran en juego para la configuración del impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos. Posteriormente, es necesario analizar las deducciones establecidas en el ordenamiento jurídico para el impuesto antes mencionado y los efectos que estas producen al momento de su aplicación. Finalmente, se requiere conocer la forma de determinación que aplica al impuesto a la utilidad.

Para adquirir el dominio es necesario la manifestación de un modo. El dominio es un derecho real y absoluto, tanto a nivel doctrinario como normativo. Se ha establecido que para adquirirlo entra en juego el sistema de título y modo. El título tiene lugar en un primer momento, ya que ocurre en la etapa de tipificación de la fuente obligacional y consiste en la causa que justifica el modo. A su vez, el modo es posterior al título y se manifiesta en la etapa de ejecución dando lugar a la transferencia de dominio.

Este trabajo se referirá, brevemente, a dos modos de adquirir el dominio que se manifiestan en el problema jurídico planteado: a.- sucesión *mortis causa*; y b.- tradición. En primer lugar, la sucesión por causa de muerte transfiere el dominio del patrimonio del causante en favor del heredero, ocasionando la sustitución del propietario. Es decir, el heredero adquiere para sí la titularidad del caudal hereditario y, por ende, del inmueble ubicado en zona urbana.

63 Simón David Carrejo Bejarano, Derecho Civil: sucesiones y donaciones (Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1968), 46.

Quienes hereden un bien raíz tendrán la facultad de disponer de este por su calidad de propietarios.

En segundo lugar, a consecuencia de la facultad de disposición, cabe referirse a la tradición, la cual es el modo de adquirir el dominio por primacía. En este modo debe existir un ánimo de transferir el dominio por parte del tradente y de adquirir por parte del adquirente. La sumatoria de ambos ánimos es lo que configura el hecho generador del impuesto a la utilidad.

6.1. Las deducciones ¿se pueden limitar únicamente a los herederos?

El cuestionamiento que surge, y que no ha sido respondido por la doctrina, es la forma de aplicar las deducciones[64] del impuesto a la utilidad cuando el propietario del inmueble es un heredero. Específicamente, si en el cálculo de la base imponible de este impuesto, las deducciones son las mismas que hubiese tenido derecho el causante. Como se vio anteriormente, el heredero pasa a ocupar la misma posición jurídica del difunto adquiriendo como parte de la masa hereditaria los bienes, derechos y obligaciones que este tenía.

Las deducciones tributarias son de gran importancia para el sujeto pasivo del impuesto, ya que su efecto es disminuir el valor a pagar por concepto de la obligación tributaria. Su propósito consiste en un beneficio tributario y el beneficio es un incentivo para el contribuyente. La deducción es un derecho que tienen los individuos para disminuir ya sea los ingresos o gastos. En consecuencia, la obligación tributaria es susceptible de ser alterada por las deducciones a las que hubiera lugar ya que, en la hipótesis tributaria, disminuyen la base imponible a la que se aplicará la tarifa.[65] Las deducciones siempre deben estar establecidas por ley, recaer sobre la materia imponible y delimitar la base imponible del tributo.[66]

Para comprender el trasfondo y propósito de las deducciones al impuesto a la utilidad hay que tener en cuenta cuál es la finalidad de la utilidad, entidad que se conoce, de manera general, como la percepción de una ganancia. Fernández Cerón sostiene que "la utilidad es el aumento de riqueza, o contablemente es la diferencia entre el patrimonio final menos el inicial".[67] La utilidad es el resultado que se obtiene luego de haber aplicado las deducciones a las que hubiere lugar.

La interpretación de las deducciones debe surgir de textos claros e inequívocos

64 Las deducciones a las que este trabajo se refiere están contenidas en los artículos 557 y 559 del COOTAD.
65 Luis R. Carranza Torres, *Derecho Tributario: de la teoría a la práctica* (Buenos Aires: Legis Argentina, 2006), 239.
66 José Vicente Troya y Carmen Amalia Simone Lasso, *Manual de derecho tributario*, 199.
67 Jorge Fernández Cerón, *Contabilidad Internacional* (Santiago de Chile: Editorial Cono Sur, 1998), 92.

que no susciten razonables dudas que repercutan en una errónea aplicación. Bajo la hipótesis de este trabajo, es indispensable notar el hilo conductor que existe entre los efectos del derecho sucesorio y los elementos del tributo cuando ha de referirse a las deducciones del impuesto a la utilidad. De esta forma, si la transferencia de un predio urbano adquirido mediante sucesión *mortis causa* genera utilidad, al momento de la aplicación de las deducciones del impuesto a la utilidad no debería perjudicarse al sujeto pasivo desconociendo sus derechos.

Las leyes deben establecer de forma generalizada las deducciones a las que tiene derecho el sujeto pasivo, y así lo hace el COOTAD en el caso del impuesto a la utilidad en los artículos 557 y 559. El COOTAD prescribe cuáles son las deducciones aplicables para el impuesto a la utilidad así: a.- costo de adquisición; b.- contribuciones especiales de mejoras y concesión onerosa de derechos; c.- el cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año desde la adquisición hasta la venta; y d.- desvalorización de la moneda.[68]

En el problema jurídico planteado se manifiesta el trato discriminatorio que, usualmente, la Dirección Tributaria ha dado a los sujetos pasivos del impuesto a la utilidad que previamente adquirieron el predio urbano mediante sucesión por causa de muerte. A criterio de esta autoridad, en la práctica al liquidarse el impuesto a la utilidad la Dirección Tributaria ha establecido una diferente forma de aplicar las deducciones a las que se refiere el COOTAD. Esto se traduce en una variación en el derecho de deducción del sujeto pasivo al considerar al heredero como responsable del impuesto a la utilidad.

La confusión y equivocación al momento de establecer las deducciones ocurre, puntualmente, en las siguientes dos deducciones: el costo de adquisición en el que incurrió el causante para obtener el dominio del inmueble, y cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año que ha transcurrido entre la compra del bien raíz —a cargo del difunto— y su venta posterior, donde el tradente es el heredero.[69]

Como ejemplo se traen a colación las liquidaciones del impuesto a la utilidad signadas bajo los números 2019-TDC-MAR-001073 y 2021-TDC-INT-026818(A), en las cuales la Dirección Tributaria estableció que el costo de adquisición a ser deducido fue cero, bajo la lógica de que los herederos no pagaron valor alguno por el inmueble ya que, como consecuencia de la sucesión *mortis causa*, el bien únicamente se incorporó a su patrimonio gratuitamente, sin que exista un pago de por medio.

68 Artículos 557 y 558, COOTAD.

69 Liquidación de transferencia de dominio No. 2019-TDC-MAR-001073 de 26 de noviembre de 2019 y el Título de Crédito 21592445. Liquidación de transferencia de dominio No. 2021-TDC-INT-026818(A) de 28 de abril de 2021 y el Título de Crédito No. 00028905274.

Asimismo, la autoridad incurrió en un manifiesto error al momento de determinar la cantidad de años transcurridos desde la adquisición del bien hasta su venta, y como resultado se alteró el porcentaje a ser deducido por cada año transcurrido. La Dirección Tributaria considera que la adquisición del bien raíz por parte de los herederos operó con la posesión efectiva, por lo cual la fecha de celebración del acta de posesión efectiva es el punto de partida para realizar el cálculo de los años y poder deducir el cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año transcurrido desde la adquisición hasta la posterior venta.

Sobre esta problemática existe un pronunciamiento jurisprudencial reciente en el que se resolvió una acción contencioso tributaria en contra de la liquidación del impuesto a la utilidad que emitió el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito con ocasión de la transferencia de un inmueble adquirido a través del modo sucesión por causa de muerte, en una sucesión universal.

En el proceso signado con el No. 17510-2020-0086, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario (en adelante TDCT) concluyó que los herederos tienen derecho a considerar como costo deducible, para determinar la utilidad sujeta al impuesto, el precio pagado por el causante al adquirir el inmueble que, posteriormente, es vendido por sus herederos;

> [d]ebiendo por tanto establecer de forma adecuada, el costo de adquisición del predio […], a fin de poder considerar la efectiva base imponible del impuesto a la utilidad por la transferencia de bienes inmuebles, debemos referirnos al historial de dominio del predio que fue objeto de transferencia de dominio […] Bajo este supuesto, es imposible que pueda considerarse que el bien que ha sido dispuesto por los herederos, al tomar en posesión pro indiviso la herencia, puedan tener un costo de adquisición de USD 0.00 para efecto de la liquidación del impuesto a la utilidad.[70]

El TCTD resolvió que “es imposible que pueda considerarse que el bien que ha sido dispuesto por los herederos, al tomar en posesión *pro indiviso* la herencia, pueda tener un costo de adquisición de USD 0.00 para efecto de la liquidación del impuesto a la utilidad”.[71] La sentencia agrega que los herederos, adicionalmente, tienen derecho a la deducción. Este derecho corresponde a restar el cinco por ciento de la utilidad líquida por cada año transcurrido entre la adquisición del inmueble por parte del causante y el momento en que se produce la venta del inmueble por los herederos.

Entonces, a criterio del TDCT las deducciones del artículo 559 del COOTAD son generales y aplican a todos los actos de transferencia de dominio,[72]

70 Causa No. 17510-2020-00086, Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito [TDCT], 24 de junio de 2021, pág. 15.
71 Causa No. 17510-2020-00086, TDCT, 24 de junio de 2021, pág. 15.
72 Causa No. 17510-2020-00086, TDCT, 24 de junio de 2021, pág. 17.

por lo que el impuesto en análisis tiene como presupuesto de hecho que exista una transferencia de dominio. Por lo tanto, la sucesión *mortis causa* ocasiona una transferencia de dominio del caudal hereditario, en consecuencia, las deducciones le son aplicables al heredero.

En cuanto a la deducción que se refiere al costo de adquisición,[73] el considerar que el heredero no incurre en ningún gasto para adquirir el dominio es erróneo, se desconoce el efecto de la transmisión de dominio a consecuencia de la sucesión por causa de muerte. Como se demostró en líneas anteriores, la sucesión *mortis causa* es un modo de adquirir el dominio[74] y que como consecuencia produce un traspaso en bloque del patrimonio del causante en favor del heredero. Esto genera que el heredero pase a ocupar la posición jurídica del difunto y consecuentemente existe una sustitución del propietario en la cual el heredero pasa a ostentar el caudal hereditario en las mismas condiciones en las que lo disfrutaba el causante.

En el impuesto a la utilidad no procede cuestionar el acrecimiento patrimonial que ocurre como resultado de la sucesión por causa de muerte en favor del heredero. Este hecho es objeto imponible gravado por otro impuesto, el impuesto a la renta de ingresos provenientes de herencias, legados y donaciones. Además, es requisito indispensable que para que tenga lugar la transferencia de dominio, en la cual el heredero vende el inmueble urbano, previamente se debe realizar la declaración del impuesto a la renta de ingresos provenientes de herencias, legados y donaciones ante la autoridad tributaria correspondiente para que así el bien raíz pueda ser objeto de transferencia y se aplique la tarifa a la base imponible obtenida.

Habiéndose demostrado que el valor de adquisición a deducirse es el mismo en el que incurrió el causante para adquirirlo, en línea con lo antes mencionado, para calcular los años transcurridos desde la adquisición hasta la venta y deducir el cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año, debe considerarse como punto de partida el año en que fue adquirido el bien raíz por el difunto. Esto en función de que, en la sucesión por causa de muerte la doctrina reconoce que existe una sustitución entre las personas, ocasionando que el sucesor pase a ocupar el lugar del causante y adquiera para sí la titularidad de los derechos que le correspondían al segundo y los ejercite como lo venía haciendo el difunto.[75]

Para poder ejercitarlos es necesario que se celebren ciertos actos requeridos por la ley, como son la posesión efectiva y la partición. Por su naturaleza, es-

73 Artículo 559, COOTAD.
74 Artículo 603, CC.
75 Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", en Tomo XIII (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 49.

tos actos son títulos de dominio declarativos[76] y no constituyen, bajo motivo alguno, títulos constitutivos ni modos de adquirir el dominio. Su propósito consiste únicamente en declarar o reconocer un derecho previamente adquirido. En virtud de su naturaleza, no se puede considerar como fecha para la deducción el momento en el cual se realizó la posesión efectiva o la partición de la herencia, ya que ambos actos solo declaran un derecho que ya fue adquirido con anterioridad.

El criterio mencionado ha sido reconocido en un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado que estableció que "los actos legales de partición, al igual que las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios, no son títulos translaticios de dominio, sino únicamente títulos declarativos [...] la inscripción de los actos legales de partición no constituye un modo de adquirir el dominio [...]".[77] Entonces, y de manera categórica, al momento del conteo de los años transcurridos, se debe considerar la fecha de adquisición del inmueble por parte del causante, mas no la fecha de la escritura de posesión efectiva o partición. En consecuencia, por cada año transcurrido desde la adquisición del inmueble por parte del causante hasta la venta que realiza el heredero se deducirá el cinco por ciento de las utilidades líquidas percibidas.

El tributo, y por ende el impuesto, es una institución que se manifiesta como un régimen transversal en el derecho. Por ello, existe la necesidad de combinar el derecho sucesorio y tributario para poder comprender las deducciones a las que tiene derecho el sujeto pasivo del impuesto a la utilidad. Como se demuestra, el aplicar parciamente las deducciones a las que hubiere lugar para el heredero, sujeto pasivo, implicaría reconocer que la deducción no es un derecho que se transmite como consecuencia de la sucesión por causa de muerte. Esto, además de arrojar una consecuencia manifiestamente injusta, causaría por un lado un perjuicio económico al heredero, y, por otro, un mayor ingreso económico para la administración tributaria sin causa que lo justifique.

6.2. El sistema de determinación en el impuesto a la utilidad

La existencia del hecho generador, el cálculo de la base imponible y la cuantía de un tributo se plasman mediante la determinación. La determinación según la doctrina implica dos etapas "la primera se inicia normalmente con la declaración tributaria y culmina con la liquidación oficial del tributo".[78] A continuación, se expondrá el sistema de determinación que aplica al impuesto a la utilidad.

76 Artículo 702, CC.
77 Oficio de la Procuraduría General del Estado No.11923, de 6 de febrero de 2013.
78 Álvaro Leyva Zambrano, Alberto Múnera Cabas, Alfonso de la Torre, Derecho Tributario, ed. Segunda Actualizada, 462.

El trámite de liquidación del impuesto a la utilidad, a partir del 8 de mayo de 2020, se encuentra regulado en la Resolución No. GADDMQ-DMT-2020-0008-R, Resolución. El artículo 1 de esta prescribe "[e]stablecer la aplicación del sistema de determinación mixta, contemplado en el artículo 93 del Código Tributario, para liquidación de tributos generados por transferencia de dominio de bienes inmuebles situados en el Distrito Metropolitano de Quito".[79] Asimismo, y en concordancia con el sistema de determinación escogido, la Resolución añade que la Dirección Tributaria liquida las obligaciones tributarias de acuerdo con la información presentada por el sujeto pasivo.[80]

Como se puede apreciar en la normativa citada, la forma de determinación del impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos es la determinación mixta. El Código Tributario en el artículo 93 hace referencia a la determinación mixta. Este cuerpo normativo establece que es aquella que "efectúa la administración a base de los datos requeridos por ella a los contribuyentes o responsables […]".[81] Asimismo, la doctrina reconoce que la determinación mixta implica la cooperación en conjunto del fisco y el sujeto pasivo. El primero solicita la información y el segundo la aporta.[82]

Si bien la determinación mixta supone una participación del sujeto pasivo, en la práctica en el proceso de liquidación de los impuestos municipales que gravan la transferencia de dominio de bienes inmuebles, la Dirección Tributaria recibe la información provista por el contribuyente 'heredero', la somete a revisiones y de ser el caso, requiere la corrección de la información proporcionada. Si el contribuyente no modifica la información de conformidad con las observaciones realizadas, no procede a la liquidación del impuesto. En consecuencia, las observaciones que realiza la autoridad tributaria constituyen exigencias que si no son acogidas por el contribuyente, truncan la liquidación del impuesto a la utilidad. Por lo que el sistema de determinación aplicado por la Dirección Tributaria tiende a estar a cargo del sujeto activo y de tipo directo, en lugar de mixto, como ha sido reconocido jurisprudencialmente

> […]si bien es cierto que este impuesto es de índole declarativo de parte del sujeto pasivo, también es un hecho notorio […] que el trámite de liquidación en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, se somete a un proceso de verificación por parte de los funcionarios del departamento de transferencias de dominio […] esta liquidación, es sometida a varias y diferentes revisiones de los funcionarios municipales, quienes luego de un proceso de revisiones y de observaciones, requieren a los comparecientes la corrección del formulario […]podemos establecer, que es a través de este procedimiento, que el Muni-

79 Artículo 1, Resolución No. GADDMQ-DMT-2020-0008-R, Dirección Metropolitana Tributaria del Distrito Metropolitano de Quito, 8 de mayo de 2020.
80 Artículo 6, Resolución No. GADDMQ-DMT-2020-0008-R.
81 Artículo 93, Código Tributario.
82 Luis R. Carranza Torres, *Derecho Tributario: de la teoría a la práctica*, 239.

> cipio de Quito efectúa una verdadera determinación sobre todos los elementos que configuran el tributo, estableciendo el impuesto, sin lugar a que los contribuyente puedan oponerse, so pena de que la transferencia no se liquide o caduque el trámite. No cabe duda entonces que lo que la administración tributaria efectúa es, una determinación directa respecto de los impuestos a la utilidad y alcabala que deben satisfacer los contribuyentes en un acto de transferencia de dominio.[83]

Si bien no es propósito de esta autora cuestionar la naturaleza de la forma de determinación aplicable al impuesto a la utilidad, es necesario resaltar las consecuencias que en la práctica genera la actuación de la Dirección Tributaria al momento de realizar la liquidación del impuesto en mención. Como se estableció en líneas anteriores, el sujeto pasivo, heredero, es quien provee la información para que sea la Dirección Tributaria quien establezca la base imponible, pero en la práctica, esta autoridad al realizar las observaciones demuestra que desconoce los derechos que tiene el contribuyente, en la persona del heredero, y emite correcciones que arrojan un cálculo incorrecto. Evidentemente, se demuestra que la autoridad tributaria ignora las consecuencias jurídicas que genera la sucesión por causa de muerte.

A continuación, se plasmará un ejemplo ilustrativo para contrastar que no resulta razonable que la Dirección Tributaria pretenda recaudar un impuesto mayor al que en derecho le corresponde. Cabe recalcar que este caso es hipotético y, por ende, los hechos y cifras utilizados no responden a una realidad concreta o a un caso particular.

X falleció en marzo de 2021 y su único heredero es Y. Y aceptó la herencia y realizó la posesión efectiva en mayo de 2021. Dentro del caudal hereditario existe un predio urbano. Y 'tradente' decide vender este inmueble a Z 'adquirente'. Las partes contractuales pactan en el contrato de compraventa que el precio del inmueble es el que se establece en la cédula catastral. Los antecedentes del inmueble datan que X lo adquirió mediante escritura pública de compraventa en febrero de 2015 cuya cuantía fue $ 250.000,00. A partir de estos datos, al momento de la liquidación del impuesto a la utilidad surgen estas dos lecturas:

83 Causa No. 17510-2020-00086, TDCT, 24 de junio de 2021, pág. 11.

Tabla No. 1. Sobre el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos

Liquidación del impuesto a la utilidad		
Concepto	Valor según el sujeto pasivo	Valor según la Dirección Tributaria
Valor de venta	$ 400.000,00	$ 400.000,00
(-) Costo de adquisición	$ 250.000,00	$ 0,00
(=) Utilidad	$ 150.000,00	$ 400.000,00
(-) Deducción por tiempo transcurrido	$ 45.000,00	$ 0,00
(=) Base imponible	$ 105.000,00	$ 400.000,00
Impuesto (10%)	$ 10.500,00	$ 40.000,00

Fuente: Elaboración propia a partir del COOTAD.[84]

Como se puede apreciar, el monto del impuesto es radicalmente distinto en las dos hipótesis analizadas. Por un lado, la Dirección Tributaria considera que el costo de adquisición del inmueble es cero y que el sujeto pasivo no tiene derecho a deducir el cinco por ciento de las utilidades liquidas por cada año transcurrido entre la adquisición del bien raíz y su enajenación. Lo anterior, es un error que responde a la falta de comprensión de los efectos que produce la aceptación de la herencia y la sucesión por causa de muerte.

En criterio de la autora, el valor correcto a ser considerado en el concepto de costo de adquisición es el que corresponde al costo de adquisición en que incurrió el causante para adquirir el inmueble. Este valor se lo obtiene del acto en el cual se transfirió el dominio del bien raíz en favor del difunto. En el ejemplo planteado, X adquirió el inmueble en febrero de 2015 por un valor de $ 250.000,00. Es por esto que, la cantidad de años que permite deducir el cinco por ciento de las utilidades liquidas entre la adquisición del inmueble y su venta, se lo hace en función de la fecha en la cual el difunto adquirió el bien raíz. En el caso hipotético expuesto, el predio fue adquirido por X en febrero 2015 y la venta ocurre en noviembre de 2021, es decir, transcurrieron seis años por lo que el porcentaje a ser deducido es el treinta por ciento de las utilidades líquidas.

Es evidente que, el resultado del impuesto a ser pagado por el sujeto pasivo arroja dos efectos muy distintos. Esto se da en función de los valores que se consideren al momento del cálculo de la base imponible del impuesto a la utilidad. Las deducciones forman parte de los derechos transmisibles que recibe el heredero como producto de la sucesión *mortis causa*. Por lo tanto, existe la imperativa necesidad de comprender el efecto de la sucesión por causa de muerte en el impuesto a la utilidad, específicamente en el sujeto pasivo, la base imponible y las deducciones.

84 Artículos 557 y 559, COOTAD.

7. Conclusiones

Una vez concluido el análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial referente al efecto de la sucesión por causa de muerte en el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos, se ha hecho evidente la armonía que existe entre el derecho sucesorio y el tributario. Así, ha quedado plasmado que es indispensable complementar los conocimientos de las diversas ramas del derecho, para logar una comprensión e interpretación sistemática e integral de los efectos que generan y como consecuencia, asegurar una correcta determinación del sujeto pasivo y la base imponible del impuesto a la utilidad.

El Código Civil, por un lado, prescribe los efectos que genera la sucesión por causa de muerte. Este modo de adquirir el dominio tiene como propósito fundamental la transmisión del patrimonio —derechos y obligaciones transmisibles— del difunto en favor del heredero o legatario. Por otro lado, el COOTAD establece el régimen jurídico aplicable al impuesto a la utilidad. En este sentido, si a consecuencia de la sucesión por causa de muerte se hereda un bien inmueble que posteriormente es enajenado en favor de un tercero, es necesario determinar si se configura el hecho generador y posteriormente, calcular la base imponible del impuesto antes mencionado.

El presupuesto de hecho del impuesto en análisis es el provecho o beneficio que se genera como resultado de la transferencia de un predio urbano. Si se configura este presupuesto, el propietario del inmueble se convierte en el deudor de la obligación tributaria, entonces el sujeto pasivo del impuesto a la utilidad pasa a ser el heredero en calidad de contribuyente. Al calcular la cuantía del tributo que debe ser pagada por el sujeto pasivo del impuesto en mención, se manifiesta que, en efecto el heredero pasa a ocupar el lugar del causante y adquiere para sí los derechos y obligaciones transmisibles, por lo que se pueden deducir los mismos valores a los que hubiese tenido derecho el difunto.

El heredero tiene como propósito dar continuidad a la personalidad jurídica del causante. En virtud de esto, y en la hipótesis planteada en este trabajo, el heredero adquiere para sí la titularidad de un inmueble que forma parte de la masa hereditaria en las mismas condiciones que lo ostentaba el causante. Esto permite que el heredero tenga derecho a deducir lo prescrito en el artículo 559 del COOTAD, ya que estas deducciones aplican en los actos de transferencia de dominio y la sucesión por causa de muerte.

Esta conclusión presenta ciertas limitaciones, pues el análisis del criterio respecto al impuesto a la utilidad consideró únicamente a la administración tributaria del Distrito Metropolitano de Quito sin tomar en cuenta lo que sucede en otras municipalidades. De manera particular, este trabajo considera importante que en futuras investigaciones se amplíe el estudio de los impues-

tos municipales que gravan las transferencias de dominio y se responda la siguiente pregunta: ¿las deducciones a las que se refieren los distintos impuestos, y específicamente el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos, son parte de los derechos transmisibles que se adquieren como consecuencia de la sucesión por causa de muerte?

Si bien estas interrogantes, así como la pregunta objeto de este ensayo, no han sido analizadas ni por la doctrina ni la jurisprudencia, lo inaceptable es que la Dirección Tributaria al momento de liquidar el impuesto a la utilidad en la transferencia de predios urbanos no reconozca los derechos que tiene el heredero respecto de los bienes heredados. En este sentido, es necesario que las autoridades tributarias municipales replanteen su criterio y reconozcan la interdependencia que existe entre las materias del derecho para así no desconocer las consecuencias jurídicas que produce una institución tan importante como lo es la sucesión *mortis causa*.

USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La equidad natural en el código de Bello

Natural Equity in the Code of Bello

Patricio Sáez Almonacid*

Recibido / Received: 9/12/2021
Aceptado / Accepted: 18/06/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2521

Citación:
Sáez Almonacid, P. «La equidad natural en el código de Bello». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1,* julio de 2022, pp. 209-228, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2521

* Universidad Viña del Mar, estudiante de Jurisprudencia, Casilla Postal: 2520000, Agua Santa 7055, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: patriciosaez0798@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-6166-1545

Resumen

Este trabajo analiza el concepto de equidad natural utilizado por Andrés Bello para la interpretación del Código Civil. Quien se interesa por este tema se enfrenta a dificultades no sólo metodológicas –inherentes a cualquier investigación que busque reconstruir el pensamiento o la intención de un legislador– sino también bibliográficas: no existe documento en el cual Bello desarrolle en profundidad el concepto de equidad natural, sino meras referencias y alusiones –algunas bastantes peyorativas–. Pese a ello, y quizá debido a la inteligencia única del autor, incluyó importantes referencias doctrinarias a cada artículo del Código, lo cual sirve de hoja de ruta para llevar a cabo esta investigación. Esto permitirá observar que el concepto de equidad natural usado por Bello tiene importantes connotaciones *iusnaturalistas* y morales, pero no como simple referencia a lo bueno y lo justo que podría dar paso al arbitrio judicial, sino a la tradición jurídica. La equidad natural, para Bello, no es otra cosa que la experiencia jurídica, acumulada en libros, sentencias y otros documentos; es la prudencia propia del jurista, que adquiere mediante el estudio y reflexión del Derecho, pero que adopta sentido de realidad en el ejercicio diario de la profesión.

Palabras claves

Andrés Bello; Derecho civil; equidad natural; interpretación jurídica; Código Civil.

Abstract

The objective of this paper is to analyze the concept of natural equity used by Andrés Bello for interpretation of the Civil Code. Any person interested in this topic would face methodological and bibliographical challenges. There is no document in which Bello thoroughly develops the concept of natural equity. Most of the mentions are mere references (some in pejorative sense). Despite of this, and probably due to the Author's intelligence, he included important doctrinal references to each article of the code, which will serve as a roadmap for this research. This will allow us to observe that Bello's concept of natural equity has important iusnaturalistic and moral connotations, not as a simple reference to the righteous and fair which could give way to judicial arbitration, but to the legal tradition. Natural equity, for Bello, is the legal experience, accumulated in books, judgments and other documents; it is the prudence proper to the jurist, which he acquires through the study and reflection of law, but which acquires a sense of reality in the daily exercise of the profession.

Keywords

Andrés Bello; *Civil Law*; *natural equity*; *legal interpretation*; *civil code*.

1. Introducción

Andrés Bello nunca definió la equidad natural. Quien dedique su tiempo a investigar este concepto encontrará diversas referencias en algunas de sus columnas publicadas en *El Araucano* u otros textos, pero no un análisis sistemático y detallado de la equidad. No obstante, lo que sí se puede aseverar es que la equidad natural, en el Código Civil, se encuentra dentro del subconjunto de artículos destinados a regular la interpretación de los jueces.

En este sentido, la equidad natural es la regla de clausura del debate interpretativo.Es decir que ante la indeterminación del sentido o alcance de la ley, y no siendo posible aplicar las reglas contenidas en los artículos 19° al 23°, el juez deberá recurrir al espíritu general de la legislación y la equidad natural para poder resolver las oscuridades propias del texto.[1]

A partir de ello, este trabajo configura una hipótesis de lo que Bello tenía en mente cuando incluyó la equidad natural. A través de la siguiente estructuración: primero, un estudio de las fuentes ocupadas por Andrés Bello para la redacción del artículo 24°. Evidentemente la información proporcionada no es concluyente –como si Bello pensara exactamente igual que sus fuentes– ya que por el contrario se confronta la información obtenida a lo que efectivamente expresó en sus trabajos. Posteriormente, se analizan los escritos de Bello donde hace referencia a la equidad natural. Durante el desarrollo del trabajo se puede observar que la equidad para Bello es un concepto moral. Pero el autor tenía su propia teoría moral, siendo esta una postura ecléctica entre el racionalismo y el utilitarismo (más cercana a esta última). Como explica Squella, al reconstruir el pensamiento de Bello no es correcto conformarse con creer que era un mero exegeta que adhería sin más a sus fuentes o a las ideas imperantes de su tiempo[2]. Sólo aceptando esta última idea es posible entender cómo es que siendo tan desconfiado de los jueces, les permitiera, en último término, resolver conforme a la equidad natural.

2. La equidad natural y el pensamiento codificador Bello

Es oportuno comenzar este estudio de la equidad natural a la luz del desarrollo de su pensamiento codificador.[3] En dos de los tres proyectos de Código Civil el autor hace referencia a la equidad: en el de 1853 y en su proyecto inédito.

1 En otros Estados que adoptaron el código de Bello como cuerpo legal, le dan una numeración diferente, pues varios de ellos modificaron algunas partes del título preliminar. Sin embargo, el artículo donde se encuentra reconocida la equidad no sufre alteración en ninguno de estos países. Por ejemplo, en el Código Civil ecuatoriano está en el artículo 18 numeral seis, y, en el Código Civil colombiano, en el artículo 32.

2 Agustín Squella Narducci, "Andrés Bello: Ideas sobre el Orden y la Libertad", *Revista Estudios Públicos*, No. 11 (1983): 228.

3 Para conocer la evolución general del pensamiento codificador de Bello, véase: Alejandro Guzmán, "Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (IX). La evolución del pensamiento de Bello sobre codificación del derecho". *Revista de Estudios Histórico–Jurídicos*, no. 6 (1981): 273-315.

En el primero de sus proyectos (incompleto), que data de 1841, publica un posible título preliminar de Código Civil, pero las referencias a la interpretación son casi nulas. Básicamente le dedica un solo artículo (el 11°), donde declara que los jueces al momento de interpretar las leyes (que, al no existir la distinción entre el sentido claro y oscuro, pareciera ser que es una actividad que pueden realizar siempre) ésta tiene que ser particular (que no interprete en términos generales la ley), y para justificar su interpretación puede fundarse en decisiones anteriores de tribunales de alzada o de la Corte Suprema.

Como se puede notar, Bello incluye el sistema de precedentes como método de interpretación válido de la ley. Por lo demás es la única regla interpretativa reconocida. A juicio del autor, dicha situación se debe a que Bello aún no maduraba sus ideas del imperio de la ley y que aún no se encontraba influenciado por el Código de Luisiana en esta materia a la que, años después en la versión definitiva del proyecto de Código Civil, le reserva un título especial.

Posteriormente, a más de una década de la presentación del título preliminar de 1841, Bello ingresa su proyecto de 1853 a la instancia legislativa. Antes de adentrarse en el tema de la interpretación es oportuno explicar algunos rasgos fundamentales de este proyecto que, durante su discusión, sufre interesantes reformas.

Primero, quizá uno de los puntos más sobresalientes es el reconocimiento de la costumbre como fuente del Derecho en paralelo a la ley en su artículo 2°. Esto es novedoso si se lo compara con el proyecto de 1841 donde la costumbre es fuente supletoria. Sin embargo, como se sabe este artículo será reformado, dejando a la costumbre como fuente supletoria, es decir, sólo en los casos que la ley se remite a ella.

El segundo punto para destacar es el artículo 4°. En esta disposición Bello establece las fuentes del Derecho en caso de insuficiencia de la ley. El orden de prelación es el siguiente: la ley o la costumbre (nótese que el propio Bello las coloca en la misma jerarquía), la extensión por analogía de otras disposiciones legales y a falta de estas, los principios generales del Derecho y la equidad natural. Sin embargo, este artículo sería suprimido por ser considerado propio de un código procesal y no civil. Cabe destacar que la influencia para la redacción de este artículo se encuentra en Delvincourt en su *Cours de Code Civil,* autor fundamental para el autor.

Otro punto importante es que Bello limita los efectos de la sentencia al caso particular. Esta idea estaba presente en el proyecto de 1841, aunque esta vez no expresa que las decisiones judiciales anteriores sirvan para interpretar la ley. Sin embargo, la razón de este punto es sencilla: en el proyecto anterior el enunciado permitía que la declaración de lo jurídico ya no fuese la propia ley, sino que estaría sujeta a la voluntad de los jueces. Por lo tanto, se corría

el riesgo de que a pretexto de interpretar una norma, los jueces introdujeran preferencias subjetivas o derechamente alteraran el sentido de la norma. Esto evidentemente no choca con la posibilidad de que el conocimiento que tengan los tribunales de la ley se vaya uniformando a medida que se vaya aplicando. Lo único que buscaría esta disposición es que los jueces, conscientes de su poder, no interpreten la ley de tal manera que resulte ajena a la ley misma.

Tercero –siendo la parte más relevante– Bello introduce una novedad de suma importancia: una sección que regularía la interpretación de la ley. Es necesario precisar un alcance. El título preliminar en general tiene una fuerte base francesa (que no necesariamente se reduce al *Code Civil*, sino que también incluye a diversos tratadistas). Es decir, nunca recurre a otra fuente que no sea la doctrina francesa o el Código de Luisiana. Sin embargo, como en Francia suprimieron el título relativo a la interpretación (sabido es que dicho título fue redactado por Portalis, autor conocido y citado por nuestro jurista), Bello no hace más que referirse al Código de Luisiana. Es más, todo este título no tiene ninguna otra referencia legal que no sea el código en cuestión.

En lo que toca al tema de la equidad interpretativa, Bello presenta el enunciado en los mismos términos que la conocemos nosotros (actual artículo 24°). O sea, que no fue alterado el sentido propuesto por este. A su vez, es importante decir que para este artículo no existe referencia en el proyecto de 1853. Sin embargo, como se explicará más adelante, Bello escribió unos comentarios al Código Civil una vez ya publicado, pero por razones económicas y de salud no pudo terminarlo, y es en ese texto donde declara que para redactar el artículo 24° se basa en el Código de Luisiana y en el *Cours de Code Civil* de Delvincourt.

Por último, respecto al proyecto inédito se darán unos comentarios generales. En lo que toca al tema de la interpretación, también le dedica un apartado de la misma forma que en el proyecto de 1853. Es importante destacar que Bello reproduce las mismas reglas, salvo una en la que hay más bien una cuestión de redacción que de alteración radical del sentido de la disposición.

También es importante resaltar que los artículos referidos a la interpretación, al menos en Chile y El Salvador, fueron inalterados en su aprobación. Además, en el caso de los Códigos Civiles ecuatoriano y colombiano también se mantiene inalterado nuestro actual artículo 24°. En vista de esta situación, se puede aseverar que las reglas hermenéuticas establecidas en el proyecto de 1853 fueron las mismas que existen hoy en día. Por ende, las bases doctrinarias del Código de Luisiana –al menos en esta materia– pueden ser de bastante utilidad para el trabajo que nos proponemos realizar. Sin embargo, es importante resaltar que Bello es un pensador que brilla con luz propia. En consecuencia,

por más que usara una sola fuente legal, se deben entender sus normas a partir de su propio sistema. Y esa es la finalidad de los siguientes capítulos.

3. La equidad natural en las fuentes utilizadas por Bello

Dos son las fuentes utilizadas por Bello para redactar el artículo 24°: el artículo 21° del Código de Luisiana y el *Cours de Code Civil* de Delvincourt. Respecto a la primera fuente, dicho artículo está redactado en los siguientes términos:

> En las materias civiles, el juez, en defecto de ley precisa, está obligado a proceder en conformidad con la equidad;
> Para decidir siguiendo la equidad, **hay que recurrir a la ley natural**,
> **Y a la razón**,
> O a los usos recibidos, en el silencio de la ley positiva (énfasis añadido). [4]

Como se puede observar, dicha fuente plantea dos opciones para la aplicación equitativa de la ley: conforme a la ley natural y la razón, o, en su defecto, a los usos recibidos. Respecto a las fuentes del Código de Luisiana, el profesor Alejandro Guzmán señala que este artículo se encuentra fundado en el pensamiento de Portalis.[5] Para el autor francés, la tarea codificadora no es algo que comience desde cero. Todo lo contrario. Son el producto de la sistematización y uso de la experiencia transmitida por la tradición. Es la utilización de los principios e instituciones que llegan hasta nuestros días. O, en sus palabras, es la compilación de las "reglas y máximas que han llegado hasta hoy y que conforman el espíritu de los siglos".[6] Estos estándares normativos no serían otros que aquellos que provienen de la legislación romana, siendo esta, para Portalis, la base de la legislación de todos los pueblos.

Pese a ello, Portalis era consciente de los límites de la codificación. Comprendía que el Derecho está inmerso en la sociedad y esta, se quiera o no, varía, cambia y muta con el pasar del tiempo. Por lo tanto, invita a no pretender suplir con leyes positivas la razón natural, ya que, esta es la única capacitada para resolver aquellas dificultades prácticas en la aplicación la ley.

La razón natural, en Portalis, no sería otra cosa que la aplicación de los principios del Derecho natural. Estos se presentan al ser humano a través de la razón. Sin embargo, no se deducen por medio del mero esfuerzo especulativo, sino que se conocen mediante la lectura y el esfuerzo intelectual; pues, de cierta manera están escritos. No se hayan en la ley misma, sino en un conjunto de papeles que se van acumulando con el desarrollo histórico del pensamiento

4 Alejandro Guzmán Brito, "Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del "Digeste des lois Civiles" ("Code Civil") de la Luisiana (1808-1825)", *Revista de Estudios Histórico–Jurídicos*, no. 31 (2009): 190.
5 Ibid., 175.
6 Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil,* trad. Adela Mora (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2014), 11.

jurídico y que adoptan la forma de tratados, monografías y ensayos. En sus palabras:

> De ahí que en todas las naciones civilizadas se vea siempre formarse, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de máximas, de decisiones y de doctrina, depurado diariamente por la práctica y por el choque de los debates judiciales, que crece sin cesar gracias al conocimiento adquirido y que siempre se ha considerado como el auténtico complemento de la legislación.[7]

En lo que se refiere a la interpretación propiamente tal, distingue dos tipos: la doctrinal y la por vía de autoridad. La primera, "consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, en aplicarlas con discernimiento y en suplirlas en los casos que no se han regulado". La segunda, "consiste en resolver las cuestiones y las dudas por vía de reglamento o de disposición general".[8] Sin embargo, el segundo tipo de interpretación está prohibido al juez, ya que sólo al legislador le es permitido interpretar en sentido general y obligatorio la ley. En virtud de lo anterior, Portalis declara lo siguiente:

> Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, se han de examinar detalladamente sus disposiciones. A falta de ley, hay que tener en cuenta la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural ante el silencio, la contradicción, o la oscuridad de las leyes positivas.

Forzar al magistrado a recurrir al legislador sería el más funesto de los principios […]. Es menos temible el arbitrio reglado, modesto y circunspecto de un magistrado, que puede ser rectificado y está sujeto a la acción por prevaricación, que el arbitrio absoluto de un poder independiente que jamás es responsable.[9]

Es fácil notar lo rico que es este párrafo en contenido. El autor enuncia una serie de principios interpretativos reconocidos en el Código de Luisiana, los cuales, a su vez, fueron recogidos por nuestra legislación civil. Dados los objetivos de este trabajo, lo más importante es su concepto de equidad. El recurso a la equidad sería la aplicación de la ley natural que –como ya explicamos– se encuentra escrita. Por lo tanto, es la jurisprudencia la que se debe encargar de resolver de la manera más justa (en el sentido de justicia natural) los casos donde la ley es insuficiente por si sola. Si la interpretación de los jueces –que no sería otra cosa que la aplicación de la doctrina– aprueba el difícil examen de la experiencia, entonces se está en frente de una comprensión correcta de la ley. O, en la expresión de Portalis: "Es la experiencia la que debe colmar los vacíos que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo. Pero hablando con propiedad, no se hacen".[10]

---

7 Ibid., 14.
8 Ibid., 17.
9 Ibid., 24.
10 Ibid., 18.

Esto se encuentra en plena consonancia con los planteamientos de Delvincourt respecto a la reglamentación de la interpretación de la ley. El jurista francés distingue entre la ley positiva y la ley natural. La ley positiva es aquella que sólo es obligatoria una vez que ha sido promulgada, es mutable, es creada por el hombre, y varía de lugar en lugar. Por otro lado, la ley natural está basada en la razón y en la equidad natural, es inmutable y no varía en ningún espacio. La relación entre ambos tipos de leyes es derivativa: la ley positiva tiende a derivar sus preceptos de la ley natural. Aun así, en caso de que la ley positiva sea contraria a la equidad o a la razón, esta debe ser obedecida. La razón de esta preferencia —señala Delvincourt—, se debe a que si fuese al revés sería imposible evitar la introducción de la arbitrariedad en la interpretación de la ley. Aunque la equidad es una, la decisión sobre lo justo o lo injusto depende, en último término, de la conciencia del juez.[11]

Esto le lleva a plantear una distinción entre lo justo legal y lo equitativo: "Una cosa es justa en derecho cuando ella no es contraria a las disposiciones de la ley positiva". Por otro lado, una cosa es "equitativa si está conforme con las leyes de la moral y de la conciencia".[12] Sin embargo, si la ley es oscura o insuficiente, el juez debe suplir esta situación extrayendo una norma de las mismas leyes (acudir al espíritu de la legislación) o la equidad natural.[13]

Muchos de los planteamientos de Delvincourt y Portalis que en teoría Bello siguió, se encuentran recogidos de la obra de Domat. Se puede objetar que a lo mejor seguir con el estudio de este jurista sería ocioso, pero me gustaría aclarar lo siguiente: Delvincourt señala que en materia de interpretación de la ley sigue las reglas de Domat –a quien llamó *el jurisconsulto de los legisladores*[14]–, y, por otro lado, el Código de Luisiana sigue en la redacción de su artículo 21° a Portalis, quien, a su vez, sigue a Domat en esta materia. Se mire por donde se mire, Domat es un autor de suma importancia para nuestro estudio sobre Bello.

Para este autor (Domat), las reglas de equidad provienen de dos principios que Dios ha establecido para regular el orden social. Estos principios solo son conocidos por medio de la religión, aunque son de tal claridad y evidencia, "que puede decirse que si el hombre los ignora es solamente porque se desconoce a sí mismo".[15]

El primer principio, consiste en que el fin del ser humano es la búsqueda de Dios. Este sería el bien supremo y la fuente de todo lo que conocemos. Por lo tanto, siendo el ser humano infeliz por su condición e ignorante por sus

11 Claude Delvincourt, *Cours de Code Napoleon*, (París: Chez P. Gueffier, 1813), 284.

12 María Angélica Figueroa Quinteros, "La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista", en *Andrés Bello y el Derecho*, ed. Departamento de Ciencias del Derecho "Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1982), 102.

13 Claude Devincourt, *Cours de Code Civil*, (París: L'Imprimerie de Lebégue, 1819), 8.

14 Ibid., iv.

15 Jean Domat, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. F. Vilarrurias y J. Sardá (España: Imprenta de Jose Taulo, 1844), 8.

limitaciones, Dios le ha entregado el entendimiento y la voluntad necesaria para que, haciendo un correcto uso de estas, accedan a él.[16]

El segundo principio se podría entender de la siguiente manera: como cada hombre es la semejanza de Dios, y el bien supremo es el fin al que aspiran todos, existe una segunda ley que los obliga a unirse y amarse entre sí, propendiendo con ello al bien común. Solo de esta manera, se puede acceder al bien supremo.[17]

Según Domat, como ya se dijo, estos principios serían el fundamento de toda regla de equidad y justicia. Por lo tanto, cada vez que se refiera a la equidad natural no se estaría aludiendo a otra cosa que la concreción de los dos principios antes enunciados. Ahora, es importante destacar que para este autor las reglas de equidad no se reducen al Derecho Romano. Más bien, el Derecho Romano positiviza algunas reglas de equidad, pero no la equidad misma, ya que –como el mismo Domat dijera– ignoraban las fuentes de la justicia misma, siendo algunas de sus normas totalmente contrarias a los dos principios.[18]

Sobre la interpretación de la ley, que es lo que nos interesa, Domat planteó una diversidad de reglas. Estas no se encuentran de manera sistemática, sino que se pueden recoger de la lectura de su obra. Respecto a estas reglas, son las siguientes: primero, que "no hay mejor regla para interpretar las leyes oscuras o ambiguas, que el modo con que el uso y la costumbre las han recibido". Esto se debe a que la autoridad de la costumbre se encuentra "en la presunción de que es útil y justo lo que ha sido por largo tiempo observado".[19] Nótese cómo esta idea la encontramos en las dos fuentes ocupadas para redactar el artículo 24° del Código Civil e incluso, de manera indirecta, en el propio Bello. Respecto a las fuentes, el Código de Luisiana es explícito al declarar esta regla hermenéutica y Delvincourt la recoge cuando declara que el estudio de la moral (como el estudio de la costumbre, es decir de lo que la experiencia ha señalado como correcto) es de suma importancia para la comprensión del Derecho. En Bello se puede encontrar una influencia parecida a Delvincourt: sólo el estudio de las costumbres y los usos nos entregan el conocimiento suficiente para comprender la ley natural, o, lo que es lo mismo en Bello, lo que es verdaderamente justo.

La segunda regla de hermenéutica señalada por Domat es la siguiente: para entender y aplicar de manera correcta la ley es necesario conocer su espíritu e intención. El motivo de su promulgación, su finalidad, lo que viene a modificar o cambiar (en relación con la ley anterior), etc. Por lo demás esta búsqueda del sentido debe ser en consonancia con la totalidad de la ley, es decir, se debe

16 Ibid., 10.
17 Ibid., 11.
18 Ibid., 62.
19 Ibid., 65.

comprender como una obra coherente y armoniosa, y no de forma aislada y contradictoria entre sus partes.[20]

Una tercera regla sería que la intención de la ley es más importante que la literalidad de las palabras. Idea totalmente contraria al pensamiento de Bello. Sin embargo, esto no significa desentender la literalidad, sino que en el pensamiento hermenéutico de Domat no existe algo así como la aplicación mecánica. Para este autor siempre hay interpretación. Lo que sucede es que en algunos casos el sentido de una norma es claro y no presenta dudas, contradicciones o consecuencias injustas. Sin embargo, si se da alguna de estas situaciones, el juez debe resolver conforme a la equidad y al espíritu general de la legislación.

De la regla anterior, se deduce un principio de interpretación de suma importancia:

> La obscuridad, la ambigüedad y otros defectos de expresión que pueden hacer dudoso el sentido de la ley, y cuantas dificultades nazcan en su uso y aplicacion deben resolverse según el sentido natural de la misma, del modo mas conforme a la intención del legislador, y mas favorable a la equidad natural.[21]

La interpretación debe ser conforme a la equidad, que es la justicia que subyace a toda ley y al espíritu general de la legislación, que enlaza las diferentes partes de la ley creando el unísono sentido del Derecho, dejando a la vista la extensión de sentido que estas pueden tener. En sus palabras:

> No basta, pues, para la interpretacion de las leyes pararse en cada una, y consultar lo que sobre ella requiere la equidad, atendidas sus palabras, y la extensión que parezca tener; es necesario además echar una ojeada sobre la equidad universal para tener un perfecto conocimiento de los casos que deban juzgarse, y para ver si les es aplicable, o bien si hay otra que exija una justicia diferente de aquella; todo con el objeto de aplicarla dentro de los límites que les son marcados, y en los casos para los cuales está formada: si es natural, conciliándola segun la extensión y límites de su certeza, y si arbitraria, fijando su equidad por la intención de legislador.[22]

Como vemos, la equidad es justicia, es la aplicación de la ley natural. Por otro lado, el espíritu general de la legislación es la voluntad del legislador, o sea el sentido que buscó plasmar en la ley misma. Ambas, entran en una relación de mutua limitación: la justicia del caso no se aplica de manera pura y simple, sino que debe estar en consonancia con el propósito dispuesto por su autor (legislador), y la voluntad del legislador requiere ser concretada de la manera más justa posible, esto es, de manera equitativa.

20 Ibid.
21 Ibid., 90.
22 Ibid., 88.

4. El Derecho natural como base de la interpretación equitativa

En su *Derecho Internacional,* Andrés Bello explica que

> hai un número de axiomas morales que nadie disputa en abstracto; pero su aplicación a los casos particulares ocasiona dudas y controversias a cada paso. Así vemos que el llamado *derecho natural* es variable i fluctuante, no solo de siglo a siglo, sino de nación a nación; i que una regla práctica, por razonable y equitativa que parezca, i por luminosas que sean las demostraciones de los escritores que la defienden, no empieza a ser de rigorosa observancia, sino cuando la ha sancionado la *costumbre*.[23]

En otro texto, que lleva por título *división del derecho natural,* Bello distingue entre Derecho natural y Derecho de gentes. Explica que esta distinción se ha entendido de muy diversas formas por los jurisconsultos romanos y critica a aquellos autores que sostienen que el Derecho natural sería aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, ya que, según Bello, sería diferente para cada especie. Con todo, las leyes naturales no serían meras abstracciones (ya que los animales no poseen razón), sino que más bien se trataría de juicios morales basados en lo que él llama propensiones ciegas (instintos imperiosos, casi automáticos, que nos llevan a actuar de una determinada forma). En sus palabras:

> Los deberes apoyados en estas emociones que se anticipan a la razon humana i la auxilian, forman el jus naturae de Ulpiano: mas no porque las haya uniformes en todas las especies animadas, pues cada cual tiene las suyas, sino porque éstas son las relativas a la constitución del hombre.

Cuando un romanista dice, pues, que tal o cual obligación es de derecho natural, entiende que no solo es dictada por la razon, sino que se apoya en algunos de los instintos humanos; i cuando dice, por ejemplo, que el matrimonio es de derecho de jentes, entiende que este contrato se deriva de la razón, o en otros términos produce grandes bienes al hombre.[24]

Bello difiere de la explicación tradicional del Derecho natural. De hecho, para la corriente racionalista (la cual, debido a la influencia del utilitarismo propuesto por Bentham, adhería de forma parcial Bello)[25] las leyes de la moral y de la conciencia no dependen de la aceptación de las personas ni tampoco de las circunstancias particulares, sino que son normas de la razón, universales y autoevidentes por sí mismas para todo ser racional.

23 Andrés Bello, *Derecho Internacional*, (Santiago: Editorial Nascimiento, 1932), 50.
24 Andrés Bello, *Obras Completas,* vol. 9° (Santiago: Pedro G. Ramírez, 1885), XXVI.
25 Walter Hanisch Espíndola, *Tres dimensiones del pensamiento de Bello: Religión, filosofía, historia*, (Santiago: Universidad Católica de Chile, 1965), 107.

Sin embargo, Andrés Bello era consciente de las limitaciones propias de la razón (lo cual explica su concepción del Derecho natural)[26]. Por lo tanto, no es correcto catalogarlo como un verdadero partidario del racionalismo.[27] Para Bello, el ser humano está constituido por tres potencias: el corazón (donde yace nuestro instinto moral), el entendimiento (la conciencia e inteligencia que, combinando los instintos morales, las dirigen) y el cuerpo (que es la fuerza física que las ejecuta, o sea, las exterioriza). Estas tres facultades deben ser ejercitadas por medio de la educación. De hecho, para Bello, solo a través del estudio riguroso y constante (el cultivo de las *humanitas*) el ser humano podrá alcanzar su finalidad: la felicidad. Cabe decir que este fin no se encuentra en un nivel metafísico, sino que está ligado a los placeres. En principio, las personas son más felices mientas más placer experimentan en su vida. Con todo, esto no significa que Bello sea un hedonista . El mismo dice que si "el espíritu no se cultiva por la instrucción, el hombre embrutezido i degradado renuncia a su mas noble privilejio, i queda privado de los mas dulzes gozes i de las mas sólidas riquezas".[28] Es en el ejercicio de las facultades intelectuales donde el ser humano encuentra su máxima expresión y, por ende, puede conocer la ley natural. Sólo así, según Bello, formamos

> a un mismo tiempo un temperamento vigoroso, buenos hábitos morales, un sentido recto i un espíritu exacto, ejercitado en pensar, capaz de discernir lo bueno i lo útil. Estos tres elementos de felizidad están al alcanze del hombre que aplica todos sus pensamientos i todos sus instantes a adquirirlos y conservarlos.[29]

Desde esta perspectiva, se puede entender la posición ecléctica de Bello: el concepto de razón que maneja sería un sentimiento moral (sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto) dirigido por el entendimiento (el cual debe estar ejercitado). Sin embargo, a diferencia del racionalismo, Andrés no creía que el entendimiento (al menos el que permite dirigir las pasiones) residiera en su versión madura y experimentada de forma natural en todas las personas, sino que era necesario poner en práctica dicha facultad. Por lo tanto, la razón de la que nos habla Bello no es una razón apriorística, sino que se desarrolla a través de la experiencia.[30] A partir de este planteamiento el concepto de tiempo ocupa un papel protagónico en su filosofía moral. Para Bello las personas son seres temporales; la vida es una finitud. Sin embargo, al mismo tiempo buscan la felicidad en su limitada y breve existencia, y es por eso que algunos se resignan

26 Fernando Quintana Bravo, "La doctrina de la claridad en el pensamiento ilustrado de Andrés Bello". *Revista chilena de historia del derecho*, no. 22 (2010): 1001-1009.

27 Se puede leer este eclecticismo en los propios escritos de Bello: "Ni a las unas [las doctrinas racionalistas] ni a las otras [las doctrinas utilitaristas] adherimos enteramente: lo que nos proponemos en estos Apuntes es señalar un rumbo medio, que nos parece más satisfactorio i seguro".

Andrés Bello, *Opúsculos literarios y críticos*, (Santiago: B.I.M. Editores, 1850), 291 y ss. Los corchetes son nuestros.

28 Andrés Bello*, El Repertorio Americano. Londres, 1826-1827*, (Caracas: Edición de la Presidencia de la República en conmemoración del Sesquicentenario de la Independencia Literaria de Hispanoamérica, 1973), 170-171.

29 Ibid., 171.

30 Íñigo Álvarez Vásquez, "Acerca de algunas ideas utilitaristas de Andrés Bello", En *Andrés Bello. Filosofía pública y política de la letra*, editado por Carlos Ossandón y Carlos Ruiz (Chile: FCE, 2013), 65 y ss.

a conseguirla en placeres mundanos. Aun así, la auténtica felicidad –la que es duradera y no fugaz– encuentra su primer elemento en la perfección moral, esto es, en la educación del intelecto para disfrutar de los placeres superiores (que son los únicos que propenden a la perfección).

Sin embargo, Bello admite que no todos alcanzamos la perfección moral, por ende, nuestro juicio sobre lo correcto y lo justo no es el mismo, sino que dependerá del desarrollo de nuestros hábitos y prácticas. En este sentido, se hace necesario en el ámbito jurídico que los juzgadores (quienes no dejan de ser personas) se rijan por la ley. Como no podemos dar fe de que todos los jueces tienen el mismo desarrollo del juicio moral, no podemos dejar a su voluntad la determinación de lo justo. Así, la ley se vuelve un elemento restrictivo del arbitrio judicial. Es ella la que dirá qué decisión tomar en un caso y no la subjetividad del juez.

También es importante declarar que la ley, en el pensamiento de Bello, aun cuando corresponde al legislador declararla, esta tiene su fundamento último en la autoridad de Dios. Por lo tanto, siguiendo a Juan Carlos Aguilera, no sería correcto identificar a Bello como un auténtico positivista.[31] El imperio de la ley imaginado por Bello hace referencia a un doble fundamento: por un lado, la voluntad soberana terrenal (por ende, legitimada) que la proclama, y, por otro lado, su origen divino en la ley natural proclamada por Dios, quien, por supuesto, es el criterio de justicia por antonomasia. En consecuencia, los jueces no deben buscar la justicia del caso particular en su moral individual, sino que esta (la justicia) debe estar limitada y dirigida de manera exclusiva por la correcta comprensión del Derecho. Es ahí donde aparece la idea de autosuficiencia de la letra de la ley.

Para Bello, la letra debía convertirse en un argumento más que suficiente para poner fin a los asuntos controvertidos. Pero no porque sea un argumento más razonable que otro, sino porque ese es el fundamento de lo que él llamó el imperio de la ley; que la norma (siendo irrelevante su contenido) sea en sí misma una razón válida y suficiente para inclinar la balanza hacia un lado. Esa era la finalidad del artículo 19° y siguientes[32]. Con todo, Andrés Bello no buscaba que los jueces actuasen como seres inanimados frente a la ley. Por el contrario, lo que les pide es que resuelvan los litigios ateniéndose a la literalidad por sobre el espíritu de una norma. Tal como el mismo expresara en 1842 en *El Araucano*:

> Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarian, o llegarian con mas facilidad a una solucion satisfactoria, si por una i otra parte se siguiesen unas

31 Juan Carlos Aguilera, "Análisis filosófico de la noción de ley en el pensamiento de Andrés Bello", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, no. 13 (1995): 271 y ss.

32 Francisco Segura Riveiro, "Actualidad de los principios e inspiraciones del Código Civil chileno", *Revista de derecho (U. Concepción)*, n.219-220 (2006): 35.

> mismas reglas de interpretacion legal. Pero, miéntras unos adhieren estrictamente al texto i tratan de licenciosa la intelijencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del lejislador i asistir a sus consejos. Por este medio, segun conciben, se toman por guía, no las palabras de la lei, sino su intencion, su idea. Pero lo que sucede las mas veces es que el intérprete sustituye a la idea de1 1ejis1ador la suya propia. I de aquí tantas i tan encontradas opiniones sobre la intelijencia de los textos mas claros. Nosotros creemos que lo mas seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restrinjirla, sino cuando de ella resultan evidentes absurdos o contradicciones; i que todo otro sistema de interpretacion abre ancha puerta a la arbitrariedad, i destruye el imperio de la lei.[33]

Pero cuando el imperio de la ley no puede por sí mismo imponerse en la resolución de un conflicto (la letra no es un argumento que pueda por sí mismo poner fin al debate, ya sea porque genera resultados absurdos o contradictorios), el juez se encuentra autorizado para interpretar la ley. En sus comentarios al Código Civil (los cuales por razones económicas y de salud no pudo terminar) nos señala que:

> El interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio, es atribución del Poder Legislativo. Pero los litigios recaen á menudo sobre el sentido que cada una de las partes atribuye á la ley, y no es una ley nueva, sino lá opinión del juez, lo que debe dirimir la cuestión. El juez no podría ejercer su ministerio sin esta facultad de interpretar.[34]

Esta cita puede sonar confusa en relación con lo antes dicho. Pero esta confusión es aparente. Leslie Tomasello, colocando en perspectiva histórica el origen y desarrollo del Código Civil, plantea que la subordinación del juez a ley no se ve afectada por la facultad interpretativa que este tenga. Todo lo contrario. El hecho de reglar la interpretación significa que "el juez aplique la ley y que no se salga de ella por ningún pretexto ni a ningún título".[35]

En su *Derecho internacional*, Andrés Bello, probablemente siguiendo a Vattel[36], expresaba que, dadas las características vagas del lenguaje y la indeterminación inherente del proceso de aplicación del Derecho, la hermenéutica legal era más bien necesaria y no algo digno de ser eliminado.[37] En esta línea, la actividad interpretativa referida por el autor en sus comentarios se encuen-

---

33 Andrés Bello, *Obras Completas*, vol. 15 (Santiago: Impreso por Pedro G. Ramirez, 1893), 283.

34 Andrés Bello, *Comentario*, En *Don Andrés Bello y el Código Civil*, ed. Miguel Luis Amunategui (Santiago: Imprenta Cervantes, 1885), 139.

35 Leslie Tomasello Hart, *El Código Civil chileno en el prisma del tiempo*, (Valparaíso: Edeval, 1981), 12.

36 En la obra comentada el mismo Bello reconoce que Vattel es uno de los principales autores que siguió en su elaboración. De hecho, varias de las reglas de interpretación tomadas por Bello se encuentran expuestas por el jurista suizo. Para este último, estas reglas se encuentran fundadas en la razón y autorizadas por la ley natural, constituyéndose así mismas como máximas de justicia y de equidad aplicadas a la interpretación de la ley.

Véase: Emer de Vattel, *El derecho de Gentes, o principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, (Madrid: Imprenta de D. León Amarita, 1834), 473 y ss.

37 Bello, *Derecho internacional*, 187.

tra totalmente reglada en el Código Civil, siendo el techo de la hermenéutica legal el espíritu general de la legislación y la equidad natural. Tal como explicamos, es esta última la que más nos hace ruido cuando pensamos en el Bello codificador. Sin embargo, si intentamos ser coherentes en nuestra explicación (lo cual supone que Bello también lo era), la equidad natural no constituye, como se vió, el arbitrio de los jueces, sino la aplicación de reglas relativas a lo justo, aprobadas por la experiencia jurídica, destinadas a dirigir nuestras propensiones ciegas sobre lo justo. El arbitrio de los jueces sería la resolución de conflictos sin razón, mero instinto: sería equidad sin ley. La equidad conforme a Derecho, por su parte, es dirimir de forma fundamentada, esto es, con base en las reglas del discernimiento:

> A pretexto de equidad, no deben los jueces de los comerciantes (i lo mismo se aplica a todos los otros jueces) apartarse de las leyes i reglamentos. Se les manda solamente no detenerse en las sutilezas del derecho i en lo que se llama *súmmum jus, summa* injuria. Si la lei es clara i precisa, no les es permitido violarla, por dura que les parezca, (lei 12, Qui et aquibus manum). La conciencia de la lei vale mas que la del hombre: *conscientia legis vincit conscientiam hominis* (Stracca). Debe el juez seguir la equidad de la lei, no la de su propia cabeza (Dumoulin). Los jueces dan sentencias inicuas, cuando se imajinan ser arbitros i maestros de la equidad (Stracca).[38]

La equidad natural, vista así, no es una norma, sino una guía; una directriz de cómo enfrentar aquellos casos difíciles. La ley natural se vuelve un instinto moral, una corazonada sobre lo que sería justo decidir. Pero esta necesita ser complementada por la razón, y no cualquier razón, sino una que esté entrenada en el estudio del Derecho.

En consecuencia, la referencia a la equidad es un recurso al Derecho natural, pero no como un ordenamiento jurídico paralelo al positivo, sino como un conjunto de axiomas morales indiscutidos (ya que provienen de un instinto casi automático, un sentimiento universal de la especie humana sobre lo justo). Pero, para decidir de forma equitativa se debe ejercitar la razón en el estudio del Derecho. Sólo así se adquiere la experiencia necesaria para saber cuándo y dónde distinguir. No es casualidad que durante su discurso presentado ante el claustro pleno de la Universidad de Chile en 1848 expresara lo importante que era el estudio del Derecho Romano en la formación de los futuros estudiantes, pues de esta manera lograrían adquirir "aquella lójica especial, tan necesaria para la interpretacion i aplicacion de las leyes, i que forma el carácter que distingue eminentemente la jurisprudencia de los romanos".[39]

38 Bello, *Obras completas*, vol. 9, 281.

39 Andrés Bello, *Obras Completas*, vol.11 (Santiago: Impreso por Pedro G. Ramirez, 1887), ix.

Como se pudo observar, la ley natural es un conjunto de axiomas morales indiscutidos (se supone que estaría presente en nuestro instinto natural más elemental y común a toda persona). Pero estos axiomas requieren estar asentados en la costumbre y la tradición, que es por definición siempre en sociedad (recuérdese que para Bello no tenía ningún sentido la existencia de una regla de Derecho natural si esta no adquiere su obligatoriedad y observancia por medio de la costumbre). Por lo tanto, solo queda plantear la siguiente conjetura a validar: la ley natural debe ser debidamente comprendida por los tribunales y, más en general, debe estar presente en la cultura jurídica. De esta manera el desarrollo de la dogmática cumple un rol fundamental: a través de la sistematización de la ley y el estudio de la jurisprudencia, desarrolla las bases del razonamiento jurídico y permite al letrado desenvolverse en el mundo del Derecho.

Si se está en lo correcto, cobra importancia la fundamentación de las sentencias. La mera declaración de la ley en la que se apoya el fallo no constriñe la libertad del juez, se requiere que exprese las razones sobre cómo alcanzó una decisión. Sólo así se puede realizar un juicio (razonable) respecto de los fundamentos de la interpretación y verificar si estos están acordes con el entendimiento que *acostumbra* a tener la comunidad jurídica de la ley.

5. La equidad natural y la fundamentación de las sentencias

Cualesquiera hubiera sido la intención de incluir la equidad natural como norma de *última ratio*, es correcto decir que para Bello está lejos de ser el arbitrio de los jueces. Como él mismo dijera:

> Puede muchas veces parecer al juez una lei injusta; puede creerla temeraria; puede encontrar su opinión apoyada en doctrinas que le parezcan respetables, i puede ser que no se equivoque en su concepto; pero, con todo, ni puede obrar contra esa lei, ni puede desentenderse de ella, porque, si en los jueces hubiera tal facultad, no ya por las leyes se reglarian las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados.[40]

Es más, cuando habla de la posibilidad de una equidad en los términos de suavizadora de los efectos de la ley, una equidad "que concilie la justicia con la humanidad", declara que es una facultad que no puede residir en los jueces, ya que, "es incompatible con aquel escrupuloso respeto i estricta adhesion a las leyes, que es el distintivo de la judicatura".[41]

40 Bello, *Obras completas*, vol.9, 202.
41 Ibid., 208.

En sus opúsculos jurídicos, más en específico en *Necesidad de fundar las sentencias*, es posible encontrar una idea de lo que Bello quería decir con equidad natural. Ahí declara lo siguiente: "Hai principios que han adquirido de tal modo la fuerza de cosa juzgada, que para contradecirlos es necesario que el escritor se presente armado de razones incontrarrestables".[42]

En materia jurídica, Bello considera que tal principio es la fundamentación de las sentencias:

> ¿Es su sentencia la aplicación de una lei a un caso especial? Cite la lei. **¿Ay texto es oscuro, i se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya.** ¿Tiene algún vicio el titulo que rechaza? Manifiéstelo. ***¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas.*** ¿La lei calla? Habrá a lo ménos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio. (énfasis añadido).[43]

Nótese los dos destacados que se han realizado al texto. El primero se refiere en caso de contradicción y el segundo en caso de oscuridad. Ambas situaciones anómalas en la aplicación de la ley se encuentran reconocidas en el artículo 24° del Código Civil. Sin embargo, en ninguna hace referencia expresa a algún contenido exclusivo para su solución. Solo exige que la decisión que el juez tome esté justificada. Es más, declara que este principio

> es hoi un axioma en toda Europa ilustrada. Él cuenta en América la misma fecha que el establecimiento de las colonias inglesas. I entre todas las nuevas repúblicas americanas, no es Chile, por cierto, la primera que ha dado a su libertad nacional este importante baluarte.[44]

Como se observó en el apartado anterior, la equidad tiene su base en el instinto de justicia. El propio Bello la consideraba en términos morales, es decir, que dependía del buen juicio del juzgador. Pero la equidad del código no es mero arbitrio. A su vez, es un elemento de Derecho natural que requiere estar *reconocido* por la tradición y la cultura jurídica. Es el resultado de la evolución de la ciencia jurídica y la consolidación de ciertos principios del entendimiento jurídico que, por su constante repetición, son considerados como extraídos del Derecho natural. Haciendo referencia a la práctica de fundar sentencias declara lo siguiente:

> Ella reviste de una sancion solemne la interpretacion de las leyes, i dándole fuerza de costumbre, la convierte en una lei supletoria, que llena los vacíos i dilucida las oscuridades de los códigos. La marcha de los tribunales se hace de esta manera mas regular i consecuente. Las decisiones diverjentes de casos análogos, oprobio de la administración de justicia, son cada dia mas raras. I no habiendo nada que

42 Ibid., 282.
43 Ibid., 284.
44 Ibid., 283.

> fije tantos las ideas como el órden i la armonía que las encadenan, esta misma regularidad i consecuencia facilitan, i por consiguiente propagan i jeneralizan, el conocimiento de las leyes.[45]

Con esta idea, se puede observar que el concepto de equidad natural que tenía en mente Bello (y que se consolida en el Código Civil) era, por un lado, el establecimiento de ciertas máximas interpretativas y, por otro lado, que con el paso del tiempo se fueran asentando en el uso cotidiano y repetitivo de los tribunales, a tal punto de convertirse en ley supletoria. Aquí es necesario detenerse a explicar estos dos elementos de la fundamentación de sentencias.

Daniela Accatino, en un trabajo suyo destinado a este tema, explica que la fundamentación de las sentencias no es en sí mismo un rasgo distintivo de la judicatura moderna. Ella encuentra las raíces de esta práctica a mediados del siglo XII, en el antiguo régimen y durante el paso de los Estados absolutos a los Estados modernos. Pero, lo que marcaría la diferencia entre el pensamiento antiguo y el moderno sería lo siguiente: primero, el desligamiento del juez al monarca por la sujeción a la ley (en tanto expresión de la voluntad popular), y, segundo, la publicidad del razonamiento judicial como forma de control del ejercicio de la potestad jurisdiccional). Ambas características están destinadas a limitar el poder de los jueces, pero también a reducir el arbitrio en las decisiones que estos toman.[46] Y es en este sentido que Bello entiende la necesidad de fundamentación de las sentencias: como la expresión de las razones (máximas interpretativas) para decidirse por una determinada atribución de significado por sobre otra.

Sin embargo, estas máximas de la interpretación no deben confundirse con la idea de los principios generales del Derecho (fuente del Derecho que Bello ya conocía). Los principios, al igual que la historia fidedigna de la ley y otros elementos, sirven para identificar el espíritu general de la legislación. Ellos integran el sentido del Derecho, en tanto sistema normativo. Por su parte, las máximas interpretativas de la equidad son reglas del buen juicio aplicado al caso particular. Buen juicio que no es el arbitrio del juez (ya que, como vimos, Bello no estaba dispuesto a entregarle esa facultad a los jueces), sino la demostración y argumentación racional respecto a cómo se alcanzó cierta interpretación del Derecho. La equidad, entonces, no es otra cosa que el buen entendimiento, basado en la razón y el espíritu general de la legislación, y que comúnmente (en tanto comprensión asentada en la práctica) se tiene (o se podría tener) de la ley en cuestión.

¿Pueden aplicarse principios a través de la equidad? Por supuesto que sí, lo importante es no confundirlos. La equidad no es otra cosa que una forma

45 Ibid., 284-285.

46 Daniela Accatino Scagliotti, "La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?", *Revista de Derecho*, no. 15 (2003): 32.

de comprender e interpretar el Derecho: el entendimiento equitativo del Derecho. Y este entendimiento equitativo, basado en la razón y la experiencia, debe ser el que comúnmente se tiene de la ley.

Por supuesto, lo dicho hasta aquí no implica que los jueces sean quienes establezcan el verdadero sentido de la ley. Si este fuera el caso ya no sería relevante lo que diga la norma, sino lo que decidan los tribunales. Ya no gobernaría el imperio de la ley, sino el consejo de los jueces. Evidentemente esta idea va totalmente en contra del pensamiento de Bello[47]. La equidad (en su aplicación), no se trata de repetir la jurisprudencia o doctrina a ciegas, versa sobre la adecuación de la norma al caso según los axiomas morales contenidos en el Derecho natural. Implica comprender la ley de la manera como *tradicionalmente* se la ha entendido[48], pero de ser necesario, darle un sentido diferente –aunque no contrario a la misma ley–. Si se da este caso, Bello nos diría: ¡Fundamente, justifique y acredite tanto en Derecho como en los hechos, su sentencia!

Bello, siguiendo las ideas de un positivismo rudimentario como son los postulados de la Escuela de la Exegesis y los postulados del naciente positivismo inglés expuesto por Bentham[49], consideró que la única justicia que le corresponde al Derecho es la de entregar seguridad jurídica a sus ciudadanos. Y esto no es otra cosa que el saber a qué atenerse dentro de la sociedad. El Derecho positivo funciona como una forma de elevar el debate sobre lo justo a un nivel ajeno del arbitrio de los jueces, estableciendo en enunciados escritos (y sancionados por la voluntad soberana) la respuesta a los conflictos de relevancia jurídica reclamados por las personas. Tal como el mismo Bello constata: "Las decisiones del majistrado no deben, ni aun con los mas plausibles motivos, desviarse un punto de la norma que les trazan las leyes, porque no pueden hacerlo sin introducir en el órden judicial un principio de arbitrariedad".[50]

En otras palabras, la necesidad de certeza jurídica no es meramente formal, sino también requiere ser concretada a través de la aplicación de la ley. En esta línea, el juez tiene el deber de entregar las razones de su decisión, y estas deben ser acordes al común entendimiento. Tal como el propio Bello, en un tono un tanto romántico, dijera: "la práctica de fundar las sentencias, […] tiende a producir órden i coherencia en el sistema legal, i del orden nace la luz, i la

47 Agustín Squella Narducci, *Introducción al Derecho*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 417.

48 Joaquín Trujillo Silva, *Andrés Bello: libertad, imperio, estilo* (Santiago: Editorial Romeo, 2021), 319.

49 El cual conoció de primera fuente (dados sus 19 años de estadía en Londres), pues, la influencia de este autor es considerable en su formación jurídica y moral. Según Alamiro de Ávila, es en la concepción benthamniana en la que debemos encasillar al Bello codificador, por sobre su influencia de otras tradiciones. De hecho, siguiendo la explicación de Ávila, el haber presenciado las críticas dirigidas al *common law* (por carecer de la certeza jurídica necesaria), críticas que se podían traspasar a la situación hispanoamericana, le llevó a considerar los dos remedios propuestos por Bentham: la codificación y la exigencia de fundamentación de las sentencias a los jueces. Por último, como dato, en la biblioteca personal de Bello era Bentham el autor que sobresalía en cantidad de obras.

Alamiro de Ávila Martel, "Londres en la formación jurídica de Bello", *Revista de Estudios Históricos-jurídicos*, no. 7 (1982): 332.

50 Bello, *Obras completas*, vol.9, 209.

luz no es ménos inseparable de la belleza en las artes, que de la verdad en las ciencias".[51] Con esto la libertad de los jueces estaría restringida. La tradición legal funcionaría como un marco dentro del cual su interpretación debe ser coherente.

6. Conclusiones

Concluida la investigación, los resultados obtenidos se han expuesto durante el desarrollo de este trabajo. Sintetizando, podemos decir con respecto del concepto de equidad contenido en el pensamiento de Bello:

Los jueces, cuando interpretan la ley conforme a la equidad natural, no lo deben hacer aludiendo a un contenido preciso y claro (ya que este no se ha descubierto aún), sino apelando a la racionalidad, a la aplicación fundada del Derecho. Esta racionalidad, desde la concepción ecléctica de Bello, tiene su origen en lo que él entendía por ley natural, que no era otra cosa que axiomas morales de apariencia obvia, y que gracias al desarrollo que van teniendo a través de la dogmática, permiten comprender y aplicar de mejor manera el Derecho. Recuérdese, la razón no es un concepto *a priori*, sino que requiere de la experiencia: solo el tiempo dedicado al estudio del Derecho nos enseña a reconocer lo justo y lo injusto conforme a la ley. De esta manera, según Bello, "adoptamos reglas de conductas fijas e invariables, fruto de la esperiencia i de la reflexion".[52]

En este sentido, la equidad natural es la comprensión de la ley aplicable al caso desde el Derecho natural (entendiéndola como el conjunto de preceptos morales que por su constante observancia en el medio jurídico han adquirido el carácter de *verdades*). Pero no opera de manera arbitraria –como mera iluminación intelectual– sino que reconoce como límite hermenéutico al espíritu general de la legislación (a saber, la manera como la tradición ha ido entendiendo, mediante la reflexión y la discusión de los juristas, nuestro Derecho).

Por último, en vista de que los códigos civiles ecuatoriano y colombiano mantienen intacta la redacción original de nuestro artículo 24°, parece que en cierto sentido –haciendo las prevenciones propias en cada legislación– que la información obtenida en esta investigación puede servir de punto de partida para futuras líneas de desarrollo dogmático referidas a la equidad natural en los países recién aludidos, pues es notoria la unión de una buena parte de Latinoamérica –ya sea de manera directa o indirecta– gracias al pensamiento codificador de Andrés Bello.

51 Ibid., 285.
52 Bello, *Repertorio Americano*, 180.